

Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
René Greminger
von Bussnang/TG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Zürich 1981
W. Schneider, Druckerei, Zürich

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der

Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

René Greminger

von Bussnang/TG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Zürich 1981

W. Schneider, Druckerei, Zürich

Das Zugeständnis
im Zivilprozessrecht

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne
damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung
zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	5
Verzeichnis der Rechtsquellen betr. Gerichtsorganisation und Zivilprozess	9
Abkürzungsverzeichnis	15
§ 1 Einleitung	17
A. Die Stellung des Zugeständnisses im schweizerischen Zivilprozessrecht	17
B. Historischer Ueberblick	18
I. Die "confessio" im römischen Zivilprozessrecht	18
II. Das Zugeständnis im gemeinen deutschen Zivilprozessrecht	19
I. KAPITEL: DAS GERICHTLICHE ZUGESTAENDNIS	21
§ 2 Begriff und Natur	21
A. Begriff	21
I. Terminologie	21
II. Die Beteiligten	22
III. Gegenstand	23
a. Tatsachen und Rechtsbegriffe des täglichen Lebens	23
b. Präjudizielle Rechte und Rechtsverhältnisse	24
c. Erfahrungssätze und Rechtssätze	25
IV. Inhalt	27
B. Rechtsnatur	27

§ 3	Voraussetzungen	28
A.	Erklärung von Tatsachen	28
I.	Tatsachen	28
II.	Zugestehen von behaupteten, ungünstigen Tatsachen	28
a.	Ungünstige Tatsache	28
b.	Antizipiertes Zugeständnis	29
B.	Form ¹ der Erklärung	30
I.	Allgemeines	30
II.	Ausdrückliches Zugeständnis und unterlassene Bestreitung	31
III.	Gerichtliche Erklärung	34
a.	Allgemein	34
b.	Im Besonderen	35
aa.	Im Sühneverfahren	35
bb.	In der Parteibefragung	35
cc.	Im Rechtsmittelverfahren	37
c.	Protokollierung	38
IV.	Zugeständnis als Säumnisfolge im Säumnisverfahren. Fiktion des Zugeständnisses?	39
C.	Subjekt des Erklärenden	40
I.	Prozesspartei	40
II.	Prozessunfähiger	41
III.	Streitgenossen	41
a.	Notwendiger Streitgenosse	41
b.	Einfacher Streitgenosse	42
IV.	Nebenintervenient	42
§ 4	Wirkungen	43
A.	Ausschluss der Beweisbedürftigkeit der zugestandenen Tatsache. Bindungswirkung für den Richter.	43

B. Widerruf. Bindungswirkung für die zugestehende Partei.	46
I. Freier Widerruf	47
II. Beschränkter Widerruf	47
C. Die besonderen Wirkungen des qualifizierten Zugeständnisses	49
I. Wesen	49
II. Teilbarkeit oder Unteilbarkeit des qualifizierten Zugeständnisses	50
a. Das Problem	50
b. Die Lösungen der schweizerischen Zivilprozessordnungen	53
D. Wirkungen des unmöglichen oder offenkundig unwahren Zugeständnisses	54
§ 5 Grenzen	55
A. Die Parteiherrschaft bei der Aufklärung des Sachverhalts	55
B. Gerichtliches Zugeständnis und parteiliche Dispositionsbefugnis über Tatsachen	56
C. Schranken	59
I. Die Officialmaxime	59
II. Die Wahrheitspflicht	60
III. Fragepflicht und Beweiserhebung von Amtes wegen im Bereich der Verhandlungsmaxime	62
IV. Zwingende Vorschriften des materiellen Rechts	64

II. KAPITEL: DAS AUSSERGERICHTLICHE ZUGESTAENDNIS	66
§ 6 Wesen	66
§ 7 Wirkungen	67
III. KAPITEL: RECHTSVERGLEICHUNG	68
§ 8 Das Zugeständnis im Zivilprozessrecht anderer Rechtsordnungen	68
A. Das Zugeständnis im deutschen Zivilprozessrecht	68
B. Das Zugeständnis im oesterreichischen Zivil- prozessrecht	70
Zusammenfassung	72
Lebenslauf	75

Fischli	Fischli Ernst, Richterliche Fragepflicht, Basler Juristische Mitteilungen 1954, S. 81.
Giesker	Giesker Heinrich, Civil- und Criminalprozess, München 1966.
Grunsky	Grunsky Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., München 1976.
Guldener	Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979.
Guldener, Beweislast	Guldener Max, Beweismwürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955.
Guldener, Treu und Glauben	Guldener Max, Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 39 S. 389, 405.
Häsemeyer	Häsemeyer Ludwig, Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse, Zur Fragewürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage, in ZJP 85 (1972) 207 ff.
Hauser	Hauser Robert, Die Protokollierung im schweizerischen Prozessrecht, ZStR 82. Band 1966, S. 158.
Heusler	Heusler Andreas, Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim, Berlin, Leipzig 1923.
Hug	Hug Peter, Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, Diss. Zürich 1943.
Jauerning	Jauerning Othmar, Zivilprozessrecht, 18. völlig neubearbeitete Auflage., München 1977.
Kaser	Kaser Max, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966.
Keller/Pfisterer	Keller Gottfried/Pfisterer Markus, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, 3. Aufl., Aarau 1947 (Kommentar zur ZPO).
Kummer, Grundriss	Kummer Max, Grundriss des Zivilprozessrechtes nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978.
Kummer, Kommentar	Kummer Max, Berner Kommentar, I. Band, 1. Abt.: Kommentar zu Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Bern 1966.
Leuch	Leuch Georg, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956.

Linde	von Linde Just. Timoth. Balth., Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, Erster Band, Leipzig 1886.
Mitteis-Lieberich	Mitteis Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, ein Studienbuch, neubearbeitet von Heinz Lieberich, 15. Aufl., München 1978.
Musielak	Musielak Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin/New York 1975.
Osterloh	Osterloh Robert, Lehrbuch des gemeinen, deutschen ordentlichen Civilprozesses, erster Band, Leipzig 1856.
Rosenberg, Qualifiziertes Geständnis	Rosenberg Leo, Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis, Die Verteilung der Beweislast bei Streit über den Abschluss und Inhalt eines Vertrages, in AcP 94 (1903) 1 ff.
Rosenberg/Schwab	Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz, Zivilprozessrecht 13. Aufl., München 1981.
Schmidt	Schmidt Joachim P., Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess, Berlin/New York 1972.
Schönke/Kuchinke	A. Schönke/K. Kuchinke, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1968.
Schurter	Schurter Emil, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Zivilprozessgebung, Zürich 1890.
Schurter und Fritzsche	Schurter Emil und Fritzsche Hans, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band II 1. Hälfte: Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zürich 1931.
Seidl	Seidl Erwin, Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1962.
Spillmann	Spillmann Margrit, Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung und de lege ferenda, Diss. Zürich 1973.
Stein/Jonas	F. Stein/M. Jonas/R. Pohle, Kommentar zur Zivilprozessordnung (hergeleitet von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schuhmann), 19. Aufl., Tübingen 1972.
Sträuli/Messmer	Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget, Zürich 1976.
Thomas/Putzo	Thomas Heinz/Putzo Hans, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Einführungsgesetzen, 11. Aufl., München 1981.

Umar	Umar Bilge, La divisibilite de l'aveu, SJZ 62 S. 149 ff.
Walder, Zivilprozess	Walder Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 1979.
Walder, Offizialmaxime	Walder Hans Ulrich, Die Offizialmaxime, Zürich 1973.
Walder, Parteibefragung	Walder Hans Ulrich, Probleme der Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Athen 1972(Sonderdruck).
Walder, Prozesserledigung	Walder Hans Ulrich, Die Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966.
Wetzel	Wetzel Georg Wilhelm, System des ordentlichen Civilprozesses, 2. Aufl., Leipzig 1865.
Wittmack	Wittmack H., Das Gerichtliche Geständnis, in AcP 88 (1898) 1 ff.
Würthwein	Würthwein Martin, Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlage im Zivilprozessrecht, Schriften zum Prozessrecht, Bd. 52, Berlin 1977.
Zeiss	Zeiss Walter, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 1980 Tübingen.

VERZEICHNIS DER RECHTSQUELLEN BETR. RICHTERSORGANISATION UND ZIVILPROZESS

Bund

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, geändert durch Bundesgesetze vom 19. Juni 1959, 20. Dezember 1968 und vom 30. Juni 1972, SR 173.110.

Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273.

Aargau

Gesetz über die Organisation des Obergerichts vom 22. Dezember 1852. GS (Stand 1.1.1960 Bd. 1 S. 94).

Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte vom 22. Dezember 1852.

Zivilprozessordnung vom 12. März 1900, Bd. 1 S. 359 (mit Aenderungen vom 20. März 1941).

Appenzell A.-Rh.

Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 27. April 1980, bGS 231.1.

Appenzell I.-Rh.

Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 24. April 1949 mit Aenderungen vom 29. April 1956, 27. April 1969, 30. April 1972, 29. April 1973 und 30. April 1978, GS Bd. I Nr. 261.

Basel-Land

Gesetz betr. die Organisation der richterlichen Behörden vom 30. Oktober 1941, OG, System. GS Bd. 6 Nr. 1049, geändert durch Gesetz vom 7. Juni 1971.

Gesetz betr. Zivilprozessordnung vom 20. Februar 1905/21. September 1961, System. GS Bd. 6 Nr. 1049, geändert durch Gesetze vom 12. April 1973, GS Bd. 25 S. 265 und vom 6. Dezember 1976, GS 26 S. 314.

Basel-Stadt

Gesetz betr. Wahl und Organisation der Gerichte und richterlichen Beamtungen vom 27. Juni 1895, OG, Fassung vom 25. Januar 1966, Sammlung der Gesetze Bd. 48 S. 11, §§ 37 und 53 Abs. 3 geändert durch Gesetz betr. die Organisation des Regierungsrates vom 22. April 1976.

Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875, ZPO, Sammlung der Gesetze Bd. 2 S. 1169. Abänderungen dazu gemäss Register in Bd. 50 S. 1031.

Bern

Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909, OG, AS NF 9 S. 7, Ausgabe 1974 mit Abänderungen durch Gesetze vom 5. März 1972, vom 6. November 1973 und durch VO betr. Einführung des neuen Kindesrechts vom 30. November 1977, AS 1977 S. 274.

Gesetz betr. die Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918, ZPO, AS NF 18 S. 171, abgeändert durch Gesetze vom 12. September 1971, AS 1971 S. 273, vom 5. März 1972, AS 1972 S. 85, 6. Februar 1973, AS 1973 S. 54, vom 12. November 1975, AS 1975 S. 195 und vom 8. Februar 1978.

Freiburg

Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 22. November 1949, OG, AS 119 S. 59, abgeändert durch Gesetze vom 14. November 1958, AS 127 S. 104, vom 13. Mai 1965, AS 1965 S. 159 und vom 22. November 1974, AS 1974 S. 241.

Zivilprozessordnung vom 28. April 1953, ZPO, AS 123 S. 5, Abänderungsgesetz vom 19. Mai 1971, AS 1971 S. 110.

Genf

Loi sur l'organisation judiciaire vom 22. November 1941, Recueil officiel systematique E 2/1.

Loi de procedure civile vom 13. Oktober 1920, Recueil officiel systematique E 2/3.

Glarus

Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 2. Mai 1965, geändert durch Erlasse der Landsgemeinde vom 6. Mai 1973 (Art. 35) und vom 1. Mai 1977 (Art. 15 und 17), GS 2. Bd. III A/2.

Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965, geändert durch Erlasse der Landsgemeinde vom 5. Mai 1968, 2. Mai 1971, 6. Mai 1973 und 21. Mai 1978, GS 2. Bd. III/C1.

Graubünden

Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. September 1978.

Zivilprozessordnung vom 20. Juni 1954, geändert durch Gesetze vom 2. März 1975, vom 21. März 1976, durch Art. 43 GVG, Bündner Rechtsbuch Bd. II 320.000.

Jura

Code de procedure civil du canton du Jura vom 9. November 1978, Gesetz Nr. 271.1.

Luzern

Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28. Januar 1913, mit seitherigen Aenderungen Ausgabe 1. Januar 1978, geändert durch Gesetz vom 8. März 1977, GS Nr. 162.

Neuenburg

Loi sur l'organisation judiciaire vom 22. März 1910, Ausgabe 1967, geändert durch Gesetze vom 1. Oktober 1968, 18. November 1970, 18. Oktober 1971, 20. März 1972, 27. Februar 1973, 5. März 1975 und 13. März 1978, Recueil des lois Bd. I S. 153 ff.

Code de procedure civile vom 7. April 1925, Ausgabe Juni 1978, Recueil des lois Bd. I S. 474 ff.

Nidwalden

Verordnung über den Zivilprozess vom 11. Juli 1970, Ergänzung zum Gesetzbuch von Nidwalden Nr. 609.

Gesetz über die Organisation und das Verfahren der Gerichte vom 28. April 1968, Ergänzung zum Gesetzbuch Nr. 556, geändert durch Gesetz vom 30. April 1972, Nr. 556a.

Obwalden

Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 4. März 1973, Landbuch Bd. 13 S. 61.

Verordnung über den Zivilprozess vom 9. März 1973, Landbuch Bd. 13 S. 88.

Solothurn

Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 13. März 1977, OG, BS Bd. 1/1 Nr. 125.12.

Zivilprozessordnung vom 11. September 1966, ZPO, BS Bd. 2/3 Nr. 221.1.

Schaffhausen

Zivilprozessordnung vom 3. September 1951, Ausgabe 1. Januar 1977, mit Aenderungen durch Gesetz vom 21. Juni 1976, Rechtsbuch IV Nr. 352, und Gesetz vom 5. Juni 1978.

Schwyz

Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974, GS Bd. II Nr. 145.

Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974, GS Bd. II Nr. 211.

St. Gallen

Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939 mit Abänderungen, ZPO, Neu-
druck 1973, GS neue Reihe Bd. 9 S. 241, geändert durch verschiedene Nachtrags-
gesetze.

Gerichtsordnung des Kantonsgerichts vom 24. August 1954, BS Bd. 5 S. 521, SR 963.1.

Gerichtsordnung vom 24. August 1954, BS 5, 523, SR 963.2.

Thurgau

Gesetz betr. die Organisation des Gerichtswesens vom 22. März 1850 mit Aende-
rungen vom 5. Dezember 1966 und vom 30. Juni 1970, Thurgauer Rechtsbuch 1948
(TgRB) Bd. I Nr. 63, Nr. 63 A/IV = neues Thurgauer Rechtsbuch 1978 (TgSR) Nr.
173.11.

Zivilprozessordnung vom 19. Oktober 1926, TgRB 1948 Bd. I Nr. 70, Nr. 70 A/III,
Nr. 70 A/IV, Nr. 70 A/V, Amtsblatt 1958 S. 254, neues TgSR Nr. 271.

Tessin

Legge organica giudiziaria vom 24. November 1910, Stand 30. November 1975,
Raccolta Bd. 2 Nr. 65, geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 1977.

Codice di procedura civile vom 17. Februar 1971, Raccolta Bd. 2 Nr. 84, geändert
durch Art. 31 des Gesetzes vom 20. Dezember 1977.

Uri

Organisationsgesetz für die ernerischen Gerichtsbehörden vom 26. Januar 1958, Urner Rechtsbuch Bd. I Nr. 2. 3221.

Zivilprozessordnung vom 29. März 1928, revidiert am 28. Juni 1963, Rechtsbuch Bd. III Nr. 9. 2211 und durch Regierungsratsbeschluss vom 23. Dezember 1977 Art. 12-21.

Wallis

Gesetz über die Organisation des Gerichtshofes, der über Kompetenzkonflikte zwischen der Verwaltungs- und der Gerichtsbehörde zu entscheiden hat, vom 25. Mai 1877, BS Nd. 1 Nr. 168.

Zivilprozessordnung vom 22. November 1919, Ausgabe 1. Februar 1977, GS Bd. 1 Nr. 251.

Waadt

Loi sur les conflits de competence entre pouvoirs executif et judiciaire vom 26. Januar 1832, RO 29 S. 275.

Loi d'organisation judiciaire vom 16. Dezember 1947, OG, RO 144 S. 461, mit verschiedenen Abänderungen.

Zug

Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940, OG, AS 14 S. 187, mit verschiedenen Aenderungen.

Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940, ZPO, AS 14 S. 219, mit verschiedenen Aenderungen und Ergänzungen.

Zürich

Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, OS 46 S. 139, abgeändert durch die Verordnung vom 7. Dezember 1977, OS 46 S. 699.

Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976, OS 46 S. 209, abgeändert durch Gesetz vom 25. September 1977, OS 46 S. 669.

Ausländische Rechtsquellen

Deutschland

Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl 83) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (RGBl 533).

Oesterreich

Gesetz vom 18.1895, RGBl. Nr. 113, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Aufl.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGV	Aargauische Gerichts- und Verwaltungspraxis
a.M.	anderer Meinung
aZPO	alt Zivilprozessordnung (frühere Fassung der ZPO)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Gesetzessammlung
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BZPO	Bundeszivilprozessordnung
Cc	Code civil
Diss.	Dissertation
Erw.	Erwägung
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
gl.M.	gleicher Meinung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier-Möhring Nachschlagwerk des BGH
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OG	Organisationsgesetz
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936.
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
S.	Seite
SJ	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
VersR	• Versicherungsrecht
VJS	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 EINLEITUNG

A. DIE STELLUNG DES ZUGESTAENDNISSES IM SCHWEIZERISCHEN ZIVIL-PROZESSRECHT

Im Zivilprozess ist es Sache der Prozessparteien, dem Gericht diejenigen Tatsachen darzulegen, woran sie die Entstehung oder den Untergang von Privatrechten oder privatrechtlichen Rechtsverhältnissen knüpfen. Das Gericht legt seinem Urteil nur solche Tatsachen zugrunde, die von einer Partei im Prozess behauptet wurden. Da mihi facta, dabo tibi ius. Quod non est in actis, non est in mundo¹. Diese der Verhandlungsmaxime² angehörenden Grundsätze bringen es mit sich, dass die Parteien möglichst alle Tatsachen im Prozess behaupten, die für sie einen günstigen Ausgang des Verfahrens bewirken. Gegenüber solchen Tatsachenbehauptungen kann sich die gegnerische Partei verschieden verhalten. Sie kann sie bestreiten und damit die andere Partei zum Beweis zwingen³. Sie kann aber auch jede Aeussierung zum gegnerischen Vorbringen unterlassen oder dieses "zugestehen" und damit den Prozessgegner von der Beweisführung entbinden⁴. Dieses letztere Parteiverhalten hat unter dem Begriff "Zugeständnis" oder "Geständnis"⁵ Eingang in mehrere schweizerische Zivilprozessgesetze gefunden. Obschon in der Theorie noch manches umstritten ist⁶, bietet das Zugeständnis in der Praxis kaum Schwierigkeiten, entsprechend spärlich sind Gerichtsentscheide dazu. Wenn sich diese Dissertation, trotz der geringen praktischen Problematik, dem Geständnis im Zivilprozessrecht widmet, so geschieht dies aus zwei Gründen.

1 Guldener 160.

2 Bund 3,36 BZPO, Aargau 143 ZPO, Appenzell A.-Rh. 102 ZPO, Appenzell I.-Rh. 115 ZPO, Bern 202 ZPO, Freiburg 5 ZPO, Genf 89 ZPO, Glarus 235 ZPO, Graubünden 132 ZPO, Jura 200 ZPO, Luzern 229 f. ZPO, Neuenburg 69 ZPO, Nidwalden 52 ZPO, Obwalden 55 Abs. 3 ZPO, Solothurn 58 ZPO, Schaffhausen 139 ZPO, Schwyz 50 ZPO, St. Gallen 179 ZPO, Thurgau 119 ZPO, Tessin 78 Abs. 2, 85, 165 lit. d und e, 170 lit. e und f ZPO, Uri 105 ZPO, Waadt 4 ZPO, Zug 53 ZPO, Zürich 54 ZPO.

3 Art. 8 ZGB.

4 Zu den Wirkungen des Zugeständnisses siehe hinten S. 43 ff.

5 Zur Terminologie siehe hinten S. 21.

6 So z.B. die Rechtsnatur (hinten S. 27) und das sogenannte qualifizierte Geständnis (hinten S. 49 ff.)

Erstens verspricht die vergleichende Darstellung einer Materie, die in den schweizerischen Zivilprozessrechten teilweise eine recht unterschiedliche Behandlung erfahren hat, interessant zu werden. Zweitens geht es darum, eine zivilprozessuale Erscheinung, die in der schweizerischen Prozessrechtsliteratur nur am Rande behandelt wird, einmal umfassend darzustellen.

B. HISTORISCHER UEBERBLICK

I. Die "confessio" im römischen Zivilprozessrecht

Das klassische römische Zivilprozessrecht machte keinen Unterschied zwischen der Anerkennung von Rechtsbegehren (Klageanerkennung) und dem Zugestehen von Tatsachenbehauptungen⁷ (Zugeständnis). Mit der "confessio in iure" konnte der Beklagte vor dem Praetor das Begehren des Klägers als richtig anerkennen und es so ausser Streit stellen⁸. Das Verfahren "in iudicio" wurde dadurch überflüssig. Zwar musste der Kläger noch eine "actio" postulieren, da der Richter aber nichts mehr zu entscheiden hatte, konnte sofort vollstreckt werden⁹. Die "confessio in iure" war also dem richterlichen Urteil gleichgestellt - "confessus pro iudicato habetur"¹⁰. Dies galt aber nur dort, wo eine "certa pecunia" oder ein dingliches Rechtsbegehren Gegenstand des Geständnisses war¹¹. Bezog sich dieses auf ein "incertum", so musste eine "formula" ediert werden, da im römischen Recht nur die Verurteilung auf eine bestimmte Geldsumme möglich war. Das Geständnis wurde in die "formula" aufgenommen und der Kläger gelangte nun mit der "actio confessoria" an den Richter, der das Zugestandene in eine bestimmte Geldsumme verwandelte¹². Also auch hier wurde über das "in iure" Gestandene keine weiteren

7 Kaser § 53 IV 1. Im römischen Recht stützte sich der Kläger nicht wie heute auf Tatsachen, die seinen Rechtsanspruch begründeten, sondern er führte als Klagegrund gleich ein bestehendes Rechtsverhältnis an.

8 Demelius 39 ff. Das eigentliche unserem heutigen Zugeständnis vergleichbare Tatsachengeständnis erfolgte in der "interrogatio in iure". In diesem Verfahrensabschnitt stellten der Richter oder der Kläger Fragen an den Beklagten, die oftmals eine "confessio" zur Folge hatten. Ebenfalls konnten im Verfahren "in iudicio" Tatsachen zugestanden werden. Dort waren die Wirkungen allerdings anders als bei der "confessio in iure"; siehe hinten S. 19.

9 Kaser § 37 II 1.

10 Kaser § 37 III.

11 Dulckheit-Schwarz § 14 II 3 d; Giesker 37.

12 Giesker 38.

Untersuchungen angestellt. Der Richter war an den Inhalt der "confessio" gebunden¹³.

Was das Verfahren "in iudicio" anbelangt, so wird vermutet, dass die "confessio" dort die Bedeutung eines Beweismittels hatte¹⁴, der Richter also nicht schlechthin daran gebunden war¹⁵.

Im nachklassischen Zivilprozessrecht, mit Verdrängung des Verfahrens "in iure" und "in iudicio" durch die "extraordinaria cognitio", wandelte sich die Bedeutung der "confessio". Sie ersetzte nicht mehr das richterliche Urteil, sondern war lediglich noch ein Beweismittel, welches den Anspruch des Klägers unbestritten machte. Begrifflich näherte sie sich damit dem Tatsachengeständnis¹⁶, wie wir es heute kennen.

II. DAS ZUGESTAENDNIS IM GEMEINEN DEUTSCHEN ZIVILPROZESSRECHT

Das germanische Recht kannte die Trennung zwischen Zivilprozess und Strafprozess nicht. Jede Klage war der Natur nach Deliktssklage¹⁷. Der Kläger forderte in der Volksversammlung, dem Thing, die Wiedergutmachung des ihm zugefügten Unrechts¹⁸. Gab der Beklagte die Richtigkeit der klägerischen Rechtsbehauptung zu, erging sofort das entsprechende Urteil¹⁹. Das Zugeständnis war in damaliger Zeit also eigentliche Klageanerkennung.

Es kann angenommen werden, dass es sich in fränkischer Zeit ähnlich verhielt, wobei hier das Urteil nicht mehr durch die Volksversammlung, sondern durch die sogenannten Urteilsfinder auf Erfragen des Richters hin gefällt wurde²⁰. Sowohl im germanischen wie im fränkischen Recht ersetzte das Geständnis einer Partei also nicht das Urteil, wie dies im römischen Recht beim Verfahren "in iure" der Fall

13 Kaser § 37 III.

14 Seidel § 35 N 451.

15 Kaser § 53 IV 1; siehe auch Demelius 357 ff.

16 Kaser § 92 I.

17 Musielak 209.

18 Conrad 29; Musielak a.a.O.

19 Conrad a.a.O.; Mitteis-Lieberich Kap. 10 II 3 a; Musielak 210.

20 Conrad 146 ff.

war. Es stellte lediglich die Grundlage des richterlichen Entscheides dar. Daran hat sich bis heute nichts geändert.

Dogmatisch richtig erfasst wurde das Zugeständnis durch den gemeinen deutschen Zivilprozess²¹. Wie heute verstand man damals darunter das Zugestehen einer dem Erklärenden nachteiligen Tatsachenbehauptung²² mit der Wirkung, dass der Richter die zugestandene Tatsache als wahr seinem Urteil zugrunde zu legen hatte²³. Umstritten war dagegen, ob diese Wirkung nun die Folge des Zugeständnisses als Beweisgrund sei. Vor allem im früheren gemeinen Zivilprozess wurde in Anlehnung an das nachklassische römische Zivilprozessrecht²⁴ diese Auffassung vertreten²⁵. Erst später setzte sich die heute allgemein herrschende Ansicht durch, dass das Tat-sachengeständnis weiter gehe als ein blosses Beweismittel²⁶, dass es, statt den Beweis zu erbringen, diesen überflüssig macht, weil zugestandene Tatsachen nicht streitig und deshalb nicht zu beweisen sind²⁷.

Die Regelungen, die das gerichtliche Zugeständnis in den Kodifikationen des schweizerischen Zivilprozessrechtes erfahren hat und auf die im Laufe dieser Arbeit näher eingegangen wird, gehen grösstenteils auf gemeinrechtliche Theorien zurück²⁸. Wie zählbig solche Theorien mitunter sein können, beweisen z.B. die Zivilprozessordnungen der Kantone Glarus und Tessin²⁹. Sie zählen das Zugeständnis immer noch ausdrücklich zu den Beweismitteln³⁰.

- 21 Dem gemeinen deutschen Zivilprozessrecht liegt das in Deutschland rezipierte römisch-kanonische-italienische Prozessrecht in seinen Fortbildungen bis zur Ablösung durch die Kodifikationen des 19. Jh. zugrunde; vgl. Schurter u. Fritzsche 6.
- 22 Damit erfolgte die saubere Trennung zwischen dem Zugestehen von Tatsachenbehauptungen und dem Anerkennen von Rechtsbehauptungen.
- 23 Linde 324 f.; Osterloh 334; Wetzel 148 ff.
- 24 Vgl. vorn S. 19.
- 25 Vgl. Linde 325 f. und die bei Bülow 248 Anm. 2 und 3 zit. Autoren.
- 26 Beweisgründe sind in den Wirkungen den Beweismitteln gleichgestellt.
- 27 Bülow 2; Walder, Parteibefragung 616; Guldener 328.
- 28 Heusler 38.
- 29 Dieser wurde allerdings weniger vom deutschen gemeinen Recht als vom französischen und italienischen Recht beeinflusst.
- 30 Glarus 164 ZPO, Tessin 188 ZPO; hinten S. 45 f.

I. KAPITEL: DAS GERICHTLICHE ZUGESTÄNDNIS¹

§ 2 BEGRIFF UND NATUR

A. BEGRIFF

I. Terminologie

Die Bezeichnung des Gegenstandes dieser Dissertation ist in Literatur und Gesetzgebung nicht einheitlich. Teils wird von Zugeständnis² teils von Geständnis³ gesprochen, oder es werden beide Begriffe gleichzeitig verwendet⁴. Diese Ausdrücke meinen alle dasselbe, nämlich das Zugestehen von behaupteten Tatsachen im Zivilprozess⁵.

Da das "Geständnis" auch ein Begriff des Strafprozessrechts⁶ ist und weil aus der Zusammensetzung des Wortes "Zu-geständnis" besser hervorgeht, dass es sich dabei um ein Entgegenkommen in einer Sache handelt⁷, verwendet diese Dissertation in der Ueberschrift den Ausdruck "Zugeständnis"⁸.

1 Frz.: "l'aveu judiciaire"; ital.: "la confessione".

2 Basel-Stadt 94 ZPO, Glarus 165 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO.

3 Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 1 ZPO, Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Freiburg 194 Abs. 1 ZPO, Wallis 184, 185 ZPO, Kummer 107, Stein/Jonas § 288, Guldener 354.

4 Sträuli/Messmer § 133 N 4; Fasching 239 und 249.

5 Vgl. hinten S. 23 und S. 28.

6 Dort hat es, bedingt durch die unterschiedlichen Prozessprinzipien, eine andere Bedeutung.

7 Vgl. Duden, Bd. 10, Das Bedeutungswörterbuch, Mannheim 1970, S. 797.

8 Aus Stilgründen wird im folgenden nicht konsequent an diesem Ausdruck festgehalten. Für die Gesetzgebung dagegen wäre es m.E. wünschenswert, für das Tatsachengeständnis im Zivilprozess allein den Begriff "Zugeständnis" zu verwenden, um begrifflich einerseits die Grenze zum strafrechtlichen Geständnis und andererseits zur zivilprozessualen Klageanerkennung zu ziehen; vgl. auch Anm. 9.

Man sollte es vermeiden, von der "Anerkennung"⁹ von behaupteten Tatsachen zu sprechen, um nicht in die begriffliche Nähe der Klageanerkennung zu geraten. Diese stellt eine Parteierklärung über den streitigen Anspruch dar, also eine Disposition über ein Recht oder ein Rechtsverhältnis und unterscheidet sich dadurch in den Wirkungen wesentlich vom Zugeständnis, welches lediglich die Parteierklärung enthält, dass eine vom Gegner behauptete Tatsache wahr sei¹⁰.

II. Die Beteiligten

In folgenden Paragraphen über die Voraussetzungen¹¹ wird zu zeigen sein, dass die für das Zugeständnis charakteristischen Wirkungen¹² nur eintreten, wenn es im gleichen Zivilprozess abgegeben wird. D.h. das Zugeständnis muss im einzelnen konkreten Verfahren vor einem Zivilgericht, in welches zwei Parteien einbezogen sind und welches auf autoritative Feststellungen von Bestand und Inhalt der Rechtsbeziehung der Parteien abzielt¹³, erfolgen¹⁴. Das bedeutet, dass ein gerichtliches Zugeständnis nur dann beachtlich ist, wenn es vor Gericht erklärt wird. Die Anwesenheit des Prozessgegners ist nicht nötig, da das Zugeständnis von diesem nicht angenommen werden muss¹⁵.

9 Schwyz 169 ZPO, Schaffhausen 171 ZPO, Zug 96 Abs. 3 ZPO, Zürich 130, 208 ZPO. Sie meinen damit das Zugestehen von Tatsachenbehauptungen. Man würde das besser als Zugeständnis bezeichnen; vgl. Sträuli/Messmer § 133 N 4.
10 Siehe dazu ausführlich hinten S. 43 ff.

11 Hinten S. 34 ff.

12 Hinten S. 43 ff.

13 Guldener 50.

14 Zum aussergerichtlichen Zugeständnis hinten S. 66 f.

15 Ob der Kläger oder der Beklagte die zugestehende Partei ist, hängt von der Beweislastverteilung ab; vgl. hinten S. 28.

III. Gegenstand

a) Tatsachen und Rechtsbegriffe des täglichen Lebens

Gegenstand des Zugeständnisses sind Tatsachen, d.h. Geschehnisse und Zustände der Aussenwelt und des menschlichen Seelenlebens, die zum Tatbestand der anzuwendenden Rechtssätze gehören¹⁶. Von deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein hat sich der Richter zu überzeugen, will er die Rechtssätze richtig anwenden¹⁷. Die Tätigkeit, mit der sich der Richter diese Ueberzeugung verschafft, nennt man Beweis¹⁸. Wie später noch ausführlich zu zeigen sein wird¹⁹, wirkt das gerichtliche Zugeständnis im Bereich der Verhandlungsmaxime für den Richter bindend, d.h. er darf über zugestandene Tatsachen keinen Beweis mehr abnehmen. Zugeständnisse sind für den Richter also nur beachtlich, wo sie Tatsachen betreffen, die Beweisthema wären, hätte man sie nicht zugestanden. Damit ist auch gesagt, dass allgemeynkundige und gerichtsnotorische Tatsachen niemals zugestanden werden können, weil sie als Beweisthema regelmässig ausgeschlossen sind²⁰.

Ebenfalls nicht geständnisfähig sind Ausführungen des Gegners über Rechtsbegriffe und Rechtsverhältnisse. Die Subsumation der Tatsachen unter die Rechtsnormen, die rechtliche Qualifikation, ist Sache des Richters²¹. So kann z.B. das Verschulden, die Adäquanz des Kausalzusammenhangs, die Eigenschaft des Halters eines Motorfahrzeuges usw. nicht zugestanden werden. Das gleiche gilt für die Beurteilung von Beweisergebnissen oder die Auslegung von Willens- und Wissenserklärungen²².

16 Rosenberg/Schwab § 117 I 1 a; Kummer, Kommentar N 87 ff.

17 Iura novit curia.

18 Guldener 318.

19 Hinten S. 43 ff.

20 Guldener 161 und 320.

21 Leuch 215 ZPO N 2; Rosenberg/Schwab a.a.O.; Stein/Jonas § 288 II 1 a; Fasching 239. Wollen die Parteien die Tatsachenbeurteilung durch das Gericht vermeiden, muss eine Klageanerkennung erfolgen.

22 Rosenberg/Schwab a.a.O.

Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass Rechte und Rechtsverhältnisse nicht zum Gegenstand von Zugeständnissen gemacht werden können, bilden die Rechtsbegriffe des täglichen Lebens wie z.B. Kauf, Wohnsitz, Miete, Eigentum. Wo diese dem Aussagenden unzweifelhaft geläufig sind²³, können sie zugestanden werden^{23a}. Genau betrachtet liegt nämlich beim Zugestehen von solchen Rechtsbegriffen gar keine Parteierklärung über ein Recht oder ein Rechtsverhältnis vor. Hat eine Partei den Kauf eines Gegenstandes zugestanden, so stellt dies keine Qualifikation des Rechtsverhältnisses dar, sondern es wurde damit lediglich gesagt, dass man sich über Ware und Preis und eventuell über Bezahlung und Uebergabe geeinigt hat. Das Gericht kann dann immer noch aufgrund der zugestandenen Tatsachen zur Feststellung gelangen, es liege rechtlich gar kein Kauf vor, sondern eine Leihe oder ein Tausch²⁵.

b) Präjudizielle Rechtsverhältnisse

Darunter versteht man Rechtsverhältnisse, die nicht unmittelbar den Inhalt der Klage betreffen, deren Bestehen oder Nichtbestehen aber dennoch eine entscheidende Voraussetzung des geltend gemachten Anspruches darstellen²⁶. So ist es z.B. möglich, dass der Beklagte den Abschluss eines Vertrages zugesteht, nicht aber die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge Schadenersatz, denn darüber kann nur das Gericht entscheiden²⁷.

In der Literatur wird allgemein angenommen, dass das Bestehen oder Nichtbestehen solcher präjudiziellen Rechtsverhältnisse zugestanden werden kann²⁸. Die Begründung wird im prozessualen Dispositionsrecht²⁹ und in der Möglichkeit gesehen, dass

23 Zweifelt das Gericht daran, ob die zugestehende Partei den Rechtsbegriff richtig verstanden hat, sollte es von seinem Fragerecht gebrauch machen.

23a Blomeyer § 68 I; Bruns § 29 III 1.A.M. Schönke/Kuchinke § 49 I; Zeiss § 55 II; Wittmack 59 ff.

24 Leuch a.a.O.

25 Vgl. Fasching 240.

26 Würthwein 75. Sie werden deshalb auch etwa bedingende Rechtsverhältnisse genannt.

27 Vgl. Schönke/Kuchinke § 49 I. Der Beklagte kann dieser gerichtlichen Beurteilung aus dem Wege gehen, indem er die Schadenersatzklage anerkennt.

28 Blomeyer 337, Rosenberg/Schwab a.a.O.; Stein/Jonas a.a.O.; Zeiss § 55 II; Thomas/Putzo § 288 Anm. 1; Spillmann 20; Keller/Pfisterer § 148 Anm. 5.A.M. Häsemeyer 228.

29 Würthwein 76.

im Verfahren über Feststellung des Bestehens eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses die Zwischenfeststellungsklage anerkannt werden kann³⁰. Diese Auffassungen sind nicht unumstritten. In Deutschland ist darüber aufgrund eines Urteils des Bundesgerichtshofes³¹ eine Diskussion entstanden³². Es wäre verfrüht, bereits hier schon näher darauf einzugehen. Sie kann nämlich nur verstanden werden, wenn man sich über die Wirkungen des gerichtlichen Zugeständnisses im klaren ist³³. Wenn es darum geht, die Grenzen des Zugeständnisses zu ziehen, wird darauf zurückzukommen sein³⁴.

c) Erfahrungssätze und Rechtssätze

Unter Erfahrungssätzen sind die vorwiegend aus Beobachtung von Einzelfällen gewonnenen Erfahrungsregeln zu verstehen, wie sie auf allen Wissensgebieten bestehen³⁵ (z.B. Uebungen oder Handelsbräuche). Soweit sie einem Wissensgebiet angehören, in welchem sich das Gericht nicht selbst auskennt, müssen sie ihm auf dem Wege des Beweises vermittelt werden³⁶.

Die einheimischen Rechtssätze hat der Richter von Amtes wegen anzuwenden³⁷. Sie sind deshalb im allgemeinen nicht Gegenstand des Beweises und können folglich auch nicht zugestanden werden³⁸. Steht aber ausländisches Recht in Frage, von dessen Inhalt das Gericht keine sichere Kenntnis hat, so können Rechtssätze Gegenstand des Beweises bilden³⁹.

30 Zeiss a.a.O.

31 MDR 1969 S. 268: Das Gericht nahm Formnichtigkeit eines nur schriftlich geschlossenen "Kaufanwartschaftsvertrages" an, obwohl beide Parteien diesen einstimmig für gültig erklärten und den Streit lediglich auf die Wirksamkeit der "Kündigung" dieses Vertrages beschränken wollten. Es betrachtete die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien als nicht massgebend, weil diese sich nicht über zwingende Vorschriften hinwegsetzen könnten.

32 Häsemeyer 207 ff.; Baumgärtel 135; Jauerning § 25 I.

33 Hinten S. 43 ff.

34 Hinten S. 64 f.

35 Guldener 319.

36 Guldener a.a.O.

37 Vgl. Anm. 17.

38 Vgl. S. 23 f.

39 Guldener 319.

Es ist also festzuhalten, dass sowohl Erfahrungssätze als auch Rechtssätze unter bestimmten Voraussetzungen Beweisthema sind. Damit drängt sich die Frage auf, ob sie auch Gegenstand von Zugeständnissen sein können. Vorne wurde festgestellt, dass Zugeständnisse nur in bezug auf Tatsachen möglich sind, die auch Beweisthema sein können⁴⁰. Nach jenen Ausführungen wären Erfahrungssätze und Rechtssätze also geständnisfähig⁴¹. Für das schweizerische Zivilprozessrecht lässt sich diese Frage nicht generell beantworten. Verschiedene Prozessgesetze bestimmen, dass nur über bestrittene Tatsachen Beweis zu führen ist. Danach sind also auch Erfahrungs- und Rechtssätze⁴² dann nicht zu beweisen, wenn sie nicht oder nicht mehr streitig sind und können deshalb m.E. auch ohne weiteres zugestanden werden⁴³. In anderen Kantonen⁴⁴ ist darüber nur dann Beweis zu führen, wenn der Richter keine sichere Kenntnis hat. Mit anderen Worten heisst das: Auch wenn solche Sätze von den Parteien nicht bestritten werden, hat das Gericht den Beweis darüber abzunehmen⁴⁵, es sei denn, es habe sichere Kenntnis von ihrem Inhalt. Damit ist ein Zugestehen solcher Sätze m.E. ausgeschlossen, weil es allein darauf ankommt, ob das Gericht sichere Kenntnis hat oder nicht. Fehlt ihm diese Kenntnis, darf es seinem Urteil nicht die übereinstimmenden Parteierklärungen zugrunde legen.

40 Vgl. vorn S. 23 f.

41 In diesem Sinn Spillmann 21; Fasching a.a.O.A.M. Guldener 320; Rosenberg/-Schwab § 117 I 1 a.

42 Sie werden als Tatfragen behandelt; vgl. Sträuli/Messmer § 134 N 6.

43 Aargau 143 Abs. 1 ZPO, Appenzell A.-Rh 150 Abs. 1 ZPO, Basel-Land 132 ZPO, Basel-Stadt 94 ZPO, Bern 215 ZPO, Freiburg 193 Abs. 2 ZPO, Genf 166 Abs. 2 ZPO, Glarus 160 ZPO, Graubünden 180 ZPO, Luzern 135 ZPO, Neuenburg 212 Abs. 1 ZPO, Schaffhausen 181 ZPO, Tessin 184 ZPO, Uri 172 Abs. 3 ZPO, Waadt 180 ZPO, Wallis 164 Abs. 1 ZPO, Bund 36 Abs. 1 ZPO.

44 Appenzell I.-Rh. 159 Abs. 1 ZPO, Nidwalden 134 Abs. 1 ZPO, Obwalden 137 Abs. 1 ZPO, St. Gallen 215 Abs. 1 ZPO, Solothurn 150 Abs. 1 ZPO, Schwyz 115 Abs. 1 ZPO, Zürich 133 ZPO, Zug 150 Abs. 1 ZPO.

45 Sträuli/Messmer a.a.O. Die herrschende Praxis verlangt dies allerdings nur für das inländische Recht; vgl. Kummer, Kommentar N 103 und die dort angeführten Kritiken.

IV. Inhalt

Das gerichtliche Zugeständnis enthält die Erklärung, dass sich eine vom Gegner behauptete Tatsache in der von ihm behaupteten Form ereignet habe⁴⁶. Die Ueberzeugung von der Wahrheit oder der Wille oder auch nur das Bewusstsein zu den Rechtsfolgen des Zugeständnisses sind nicht nötig⁴⁷.

B. RECHTSNATUR

Die Rechtsnatur des Zugeständnisses ist streitig. Teils wird es als Willenserklärung⁴⁸ ("ich gestehe, weil ich die Behauptung auch ohne Kenntnis ihrer Wahrheit zugeben will")⁴⁹, teils als Wissenserklärung⁵⁰ ("Ich gestehe, weil ich weiss, dass die Behauptung des Gegners wahr ist")⁵¹ betrachtet⁵². Der Streit hat keine praktische Bedeutung. Durch ein Geständnis erklärt sich die Partei zustimmend zu einer gegnerischen Tatsachenbehauptung. Das gerichtliche Zugeständnis ist somit Prozesshandlung⁵³ und entfaltet deshalb seine Rechtsfolgen auch dann, wenn die zugestehende Partei dies gar nicht will oder sich dessen nicht bewusst ist⁵⁴.

Schon längere Zeit überwunden sind die Auffassungen, das gerichtliche Zugeständnis stelle ein Beweismittel dar⁵⁵. Allgemein wird heute angenommen, dass über zugestandene Tatsachen kein Beweis mehr zu führen sei, weil ihnen die Voraussetzung des Bestrittenseins fehlt⁵⁶. Der Richter hat solche Tatsachen grundsätzlich ohne weitere Prüfung seinem Urteil zugrunde zu legen. Die Geständniswirkungen gehen also weiter als die eines blossen Beweismittels⁵⁷.

46 Fasching 242.

47 Guldener 260; Rosenberg/Schwab § 117 I 1 d.

48 Bülow 21.

49 Jauerning § 25 IV.

50 Rosenberg/Schwab § 117 I 1 g.

51 Jauerning a.a.O.

52 M.E. ist beides möglich. Ob das eine oder das andere zutrifft, müsste für jedes Zugeständnis einzeln abgeklärt werden.

53 Guldener 259 f.; Rosenberg/Schwab a.a.O.; Blomeyer 339.

54 Vgl. Anm. 47

55 Bülow 2.

56 Walder, Parteibefragung 616; Guldener 328.

57 Vgl. hinten S. 45 f.

§ 3 VORAUSSETZUNGEN

A. ERKLÄRUNG VON TATSACHEN

I. Tatsachen

Wie erwähnt, muss sich das Zugeständnis auf nackte oder juristisch gefärbte Tatsachen beziehen¹. Es ist wichtig, sich das vor Augen zu halten, denn nur in diesem Bereich und bei solchen Parteierklärungen ist dem Richter die freie und ungehinderte rechtliche Beurteilung verwehrt. Andererseits müssen sich aber auch die Prozessparteien darüber im klaren sein, dass sie dort, wo sie diesen Bereich verlassen, den Richter nicht mehr an ihr Zugeständnis binden können².

II. Zugestehen von behaupteten, ungünstigen Tatsachen

a) Ungünstige Tatsache

Nach den Regeln der Beweislast³ hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableiten will. Damit werden den das Gericht anrufenden Parteien scheinbar Hindernisse in den Weg gelegt, da die Tatsachenbehauptung allein nicht genügt, um die an diese Tatsachen geknüpften Rechtsfolgen - um derentwillen das Gericht angerufen wird - eintreten zu lassen. Vielmehr ist es im Bereich der Verhandlungsmaxime nötig, bestrittene Tatsachenbehauptungen zu beweisen, d.h. dem Richter die Ueberzeugung von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein zu verschaffen⁴. Oft ist die Beweisführung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden⁵. Ist sie der beweisbelasteten Partei aber gelungen, hat sie einen echten Teilsieg errungen, wenn nicht gar den Prozess überhaupt gewonnen. Denn es liegt im Interesse der Parteien, möglichst jene Tatsachen

1 Vgl. vorn S. 23 ff.

2 AGV 1965 S. 13; SJ 1963 p. 291; hinten S. 43 ff.

3 Art. 8 ZGB.

4 Guldener 318.

5 Walder, Zivilprozess 301.

in den Prozess einzuführen, die einen für sie günstigen Ausgang des Rechtsstreites bewirken. Daher sind Tatsachen, für die eine Partei die Beweislast trifft, für sie regelmässig günstig, sofern sie diese im Bestreitungsfall zu beweisen vermag. So werden denn solche Tatsachen normalerweise von der andern Partei auch bestritten, weil sie für diese ungünstig sind. Beim Zugeständnis verhält es sich gerade umgekehrt. Statt dass eine Partei ihr im Rechtssinne ungünstige Tatsachen bestreitet, gesteht sie diese zu und enthebt damit die gegnerische Partei der Beweisführung⁶. Somit lässt sich sagen, dass nur Tatsachen geständnisfähig sind, die dem Zugestehenden im Rechtssinne ungünstig sind⁷.

b) Antizipiertes Zugeständnis

Es ist möglich, dass eine Partei eine ihr ungünstige Tatsache von sich aus behauptet⁸ und damit das Zugeständnis vorwegnimmt. Man nennt denn diese Erscheinung auch vorweggenommenes (antizipiertes) Zugeständnis^{8a}. Genau betrachtet treten die Wirkungen des Zugeständnisses⁹ allerdings nicht schon dann ein, wenn die ungünstige Tatsache von sich aus behauptet wird. Sie wird zwar für den Richter im Bereich der Verhandlungsmaxime verbindliche Urteilsgrundlage, sofern die andere Partei diese Tatsache nicht nachträglich bestreitet oder dadurch ein Einrede-recht begründet wird. Das ist aber nicht Geständniswirkung, sondern entspringt dem zivilprozessualen Grundsatz, dass jede Partei ihre Behauptung unter Unterstellung ihrer Wahrheit gegen sich selbst gelten lassen muss¹⁰. Geständniswirkung erhält die ungünstige Tatsachenbehauptung erst dann, wenn die andere Partei ihrerseits die entsprechende Behauptung aufgreift, denn jetzt liegt eine übereinstim-

6 Hinten S. 43 ff.

7 Rosenberg/Schwab § 117 I 1 b.

8 Gewöhnlich wird sie damit eine Einrede verbinden.

8a Frz.: "l'aveu préconstitué".

9 Hinten S. 43 ff.

10 Stein/Jonas § 288 II. 1.

mende Erklärung über die Wahrheit vor¹¹. Praktisch hat diese Differenzierung keine grosse Bedeutung, denn die Wirkungen liegen auch wieder darin, dass für den Richter bezüglich dieser Tatsachenbehauptung eine verbindliche Urteilsgrundlage besteht. Praktische Auswirkungen zeigt diese Auffassung lediglich bei jenen Prozessgesetzen, die den Widerruf des Zugeständnisses an bestimmte Voraussetzungen knüpfen¹². Gemäss der hier vertretenen Ansicht kann nämlich nach jenen Gesetzen das vorweggenommene Zugeständnis nur solange frei widerrufen werden, als die Gegenpartei nicht selbst die entsprechende Tatsachenbehauptung aufgreift. Ist dies aber geschehen, treten automatisch die Geständniswirkungen ein, und der Widerruf hängt nun vom Vorliegen der geforderten Voraussetzungen ab¹³.

B. FORM DER ERKLÄRUNG

I. Allgemeines

Das gerichtliche Zugeständnis ist eine einseitige Erklärung an das Gericht, die durch die Gegenpartei nicht angenommen werden muss¹⁴. Sie kann deshalb auch erfolgen bei Abwesenheit der andern Partei¹⁵. Da das Zugeständnis Prozesshandlung ist und diese im allgemeinen nicht den Charakter von Rechtsgeschäften haben, braucht die gestehende Partei dessen Wirkungen auch nicht gewollt zu haben¹⁶.

11 Stein/Jonas a.a.O.; Thomas/Putzo § 288 Anm. 2. A.M Bossart 57: Nach ihm ist eine nachträgliche ausdrückliche Behauptung der Gegenpartei nicht nötig, da das antizipierte Zugeständnis stillschweigend angenommen werden könne. Er übersieht dabei aber, dass so betrachtet die Wirkungen eben nicht als Folge des Zugeständnisses auftreten.

12 Hinten S. 46 ff.

13 Stein/Jonas a.a.O.

14 So ausdrücklich in Deutschland 288 Abs. 2 ZPO und Oesterreich 266 Abs. 1 ZPO. Vgl. auch Bülow 201; Burckhardt 10 f. In den schweizerischen Prozessgesetzen ist dies nirgends ausdrücklich festgehalten, ergibt sich aber aus dem Wesen des Zugeständnisses als Prozesshandlung.

15 Das setzt selbstverständlich voraus, dass die ausbleibende Partei einmal im laufenden Verfahren die für die andere Partei ungünstige Tatsache behauptet hat; vgl. auch Blomeyer 337.

16 Guldener 260.

Zugeständnisse können unter Verwendung der verschiedensten Ausdrücke erklärt werden. Zu denken ist etwa an Ausdrücke wie "zugestehen", "gestehen", "anerkennen"¹⁷, "nicht bestreiten"¹⁸, "einverstanden sein" usw.¹⁹. Es ist aber niemals erforderlich, dass die Parteien bestimmte Worte gebrauchen müssen, denn das Zugeständnis ist an keine Form gebunden²⁰.

II. Ausdrückliches Zugeständnis und unterlassene Bestreitung

Wenn vorhin festgestellt wurde, dass die Parteien Zugeständnisse unter Verwendung der verschiedensten Ausdrücke erklären können, dann stellt sich nun noch die Frage, ob sie von diesen Ausdrücken auch tatsächlich Gebrauch machen müssen, das Zugeständnis also "ausdrücklich" zu erfolgen hat, oder ob es nicht genügt, wenn ungünstige Tatsachenbehauptungen ganz einfach unbestritten gelassen werden und somit das Zugeständnis auch "stillschweigend" erklärt werden kann²¹. Diese Frage lässt sich für die schweizerischen Prozessgesetze nicht generell beantworten. Einfach ist die Antwort in jenen Gesetzen zu finden, die das Zugeständnis nicht speziell erwähnen²², da sich hier logischerweise die Frage nach dem "ausdrücklichen" oder "stillschweigenden" Geständnis gar nicht stellt. Zwar werden die Prozessparteien auch hier mit den obenerwähnten Ausdrücken²³ dem Richter erklären, dass sie bestimmte Tatsachenbehauptungen als wahr gelten lassen wollen. Die daran geknüpften Folgen sind für den Richter aber nicht Geständniswirkungen, sondern für ihn ist die als wahr gelten gelassene Tatsache deshalb nicht mehr beweisbedürftig, weil sie unbestritten ist²⁴. Ob die Erklärung ausdrücklich erfolgt oder nicht, spielt keine Rolle. Das ganze Verhalten der Partei ist für den Richter mass-

17 Zur Missverständlichkeit dieses Ausdrucks, siehe vorn S. 21.

18 Dazu ob blosses Nichtbestreiten genügt oder ob ausdrücklich nicht bestritten werden muss, siehe hinten S. 31 ff.

19 Keller/Pfisterer § 148 Anm. 7.

20 Jauerning 145; Zeiss 152 in bezug auf die deutsche ZPO. Auch in der Schweiz ist keine besondere Form vorgeschrieben.

21 Das ist insofern bedeutend, als in verschiedenen Prozessgesetzen an das Zugeständnis weitere Wirkungen geknüpft sind als an das blosses Nichtbestreiten; vgl. hinten S. 46 ff.

22 Siehe Anm. 24.

23 Vgl. vorn S. 31 a.A.

24 Basel-Land 132 Abs. 1 ZPO, Luzern 134 Abs. 2 ZPO, Nidwalden 134 ZPO, Obwalden 137 Abs. 1 ZPO, Solothurn 150 ZPO, Schaffhausen 181 ZPO, Schwyz 115 Abs. 1 ZPO, Uri 172 Abs. 3 ZPO, Zürich 133 ZPO.

gebend, ob er eine Tatsache als unbestritten annehmen darf oder nicht²⁵. So kann er eine Tatsache als nicht streitig beurteilen, auch wenn sich die betroffene Partei nicht ausdrücklich in diesem Sinn erklärt hat, sofern dies aus dem gesamten Verhalten der Partei und dem Inhalt ihres Vorbringens zweifelsfrei hervorgeht. Bleibt aber zweifelhaft, ob eine Partei bestreiten wollte oder nicht, soll er von seinem Fragerecht Gebrauch machen²⁶.

Die übrigen Prozessordnungen erwähnen das Zugestehen von Tatsachen in irgendeiner Form. Entweder bestimmen sie, dass zugestandene Tatsachen nicht zu beweisen sind²⁷, oder sie halten fest, dass nur bestrittene Tatsachen zu beweisen sind und schreiben gleichzeitig vor, dass das als nicht bestritten zu betrachten sei, was zugestanden oder ausdrücklich zugestanden wurde²⁸ oder etwa auch, dass alles, was nicht oder nicht ausdrücklich bestritten wurde, als zugestanden gelte²⁹. Die Frage, ob ein Zugeständnis auch durch blosses Nichtbestreiten erfolgen könne, ist scharf zu trennen von der Frage, wie die Wirkung herbeigeführt werden kann, dass eine Tatsache keines Beweises mehr bedarf. M.E. darf in jenen Gesetzen, welche das Zugeständnis oder Geständnis kennen, ein solches nur angenommen werde, wenn es von der Partei ausdrücklich³⁰ erklärt wurde³¹. Fehlt eine solche Erklärung³², so soll der Richter unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Vorbringens und des Verhaltens der Partei im Prozessbeurteilen, ob mangels eines ausdrücklichen

25 Bund 36 Abs. 2 BZPO, Nidwalden 134 Abs. 2 ZPO, Obwalden 137 Abs. 3 ZPO, Solothurn 150 Abs. 3 ZPO, ebenso Oesterreich 267 ZPO.

26 Kummer, Grundriss 122; Leuch Art. 215 N 3; Aargau 150 ZPO.

27 St. Gallen 215 Abs. 2 ZPO.

28 Bund 36 Abs. 2 BZPO, Aargau 143 Abs. 1, 148 Abs. 1 ZPO, Appenzell I.-Rh. 159 Abs. 1, 160 ZPO, Basel-Stadt 94 ZPO, Genf 163 ZPO, Glarus 165 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO, Neuenburg 210 Abs. 2 ZPO, Tessin 193 Abs. 1 ZPO, Waadt 166 ZPO.

29 Bern 215 ZPO, Freiburg 194 Abs. 1 ZPO, Jura 213 ZPO, Thurgau 224 Abs. 2 ZPO, Zug 150 Abs. 2 ZPO.

30 D.h. in der Form wie sie für Prozesshandlungen allgemein nötig ist, vgl. Gul-dener 260; siehe auch hinten S. 34 f.

31 A.M. Kummer, Grundriss 122; Leuch Art. 216 N 3.

32 Die Erklärung des Nichtwissens oder Nichterinnerns ist nie Zugeständnis, höchstens Indiz, wenn Wissen oder Erinnern zugemutet werden kann; vgl. Leuch a.a.O.

Zugeständnisses eine Tatsache als bestritten anzusehen sei³³. Gelangt der Richter auf diese Weise zur Ueberzeugung, dass eine Tatsache nicht bestritten und im Bereich der Verhandlungsmaxime damit nicht beweisbedürftig ist, so ist das aber nicht Geständniswirkung³⁴, sondern entspringt dem unbestrittenen Vorhandensein der nicht zugestandenen Tatsache³⁵. Eine nachträgliche Bestreitung kann deshalb unbeschränkt erfolgen und ist nicht wie für den Widerruf des Zugeständnisses in einigen Prozessgesetzen vorgesehen vom Vorhandensein bestimmter Widerrufsgründe abhängig³⁶.

M.E. ist es unrichtig, dem Richter vorzuschreiben, wann er eine Tatsachenbehauptung als bestritten anzunehmen habe³⁷. Es lässt sich nicht generell sagen, dass nicht ausdrücklich Bestrittenes als zugestanden und nicht ausdrücklich Zugestandenes als bestritten gilt³⁸. Es wäre wünschenswert, wann bei künftigen Gesetzesrevisionen entsprechende, noch vorhandene Vorschriften, insbesondere jene über das Zugeständnis, fallen gelassen würden. Es wäre lediglich festzuhalten, dass Beweis nur über im gerichtlichen Verfahren bestrittene Tatsachen geführt wird und dass unter Berücksichtigung des gesamten Verhaltens der Partei zu entscheiden ist, ob eine Tatsache als bestritten zu gelten habe³⁹. Damit würde sich auch die Unterscheidung zwischen Zugeständnis und unterlassener Bestreitung erübrigen.

33 Bund 36 Abs. 2 BZPO, Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 2 ZPO, Deutschland 138 Abs. 3 ZPO.

34 Thomas/Putzo § 138 III 2.

35 Es ist deshalb auch nicht nötig, diese Wirkung als Folge der Fiktion des Zugeständnisses zu sehen; vgl. Anm. 72.

36 Hinten S. 46 ff.

37 Z.B. gelten nach Aargau 149 Abs. 2 ZPO alle von einer Partei behaupteten Tatsachen, die von der Gegenpartei nicht ausdrücklich zugestanden sind, als bestritten. Ebenso Basel-Stadt 94 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO. Nach Schaffhausen 176 ZPO gelten behauptete Tatsachen, die vom Gegner nicht bestritten werden, im Zweifel als zugestanden.

38 Kummer, Grundriss a.a.O.

39 Spillmann 24 und sinngemäss die in Anm. 24 angeführten Zivilprozessordnungen.

III. Gerichtliche Erklärung

a) Allgemein

Das Zugeständnis hat formell zu erfolgen, d.h. es muss in ein und demselben Rechtsstreit⁴⁰ in der für Prozesshandlungen vorgeschriebenen Form⁴¹ gegenüber der andern Prozesspartei^{41a} erklärt werden. Es kann je nach vorgeschriebener Verfahrensart schriftlich oder mündlich in jedem Stadium⁴² des Verfahrens bis zum Erlass des Endurteils erklärt werden⁴³. Es kann spontan auf die gegnerische Behauptung hin, aber auch vorweggenommen⁴⁴ oder erst später erfolgen, nachdem anfänglich bestritten wurde. Diesfalls werden alle durch das frühere Bestreiten eingeleiteten Schritte überflüssig und hinfällig⁴⁵. Geständnisse, die ausserhalb des Prozesses abgelegt werden, z.B. per Telefon, Brief oder in einem anderen Prozess, sind für diesen "aussergerichtlich"⁴⁶ und entfalten nicht die gleichen Wirkungen⁴⁷.

40 SJ 1953 p. 223, 1933 p. 452; SJZ 5 (1908/09) S. 75. So ausdrücklich: Aargau 143 Abs. 1 ZPO, Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 1 ZPO, Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Freiburg 194 Abs. 1 ZPO, Genf 161 ZPO, Glarus 165 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO, Neuenburg 210 Abs. 1 ZPO, St. Gallen 215 Abs. 2 ZPO, Tessing 193 Abs. 1 ZPO, Waadt 166 ZPO.

41 Guldener 260 ff.

41a Die Annahme des Zugeständnisses durch den Prozessgegner ist nicht erforderlich; vgl. vorn S. 30.

42 Informative Parteibefragung, Hauptverhandlung und m.E. auch im Beweisverfahren. Im letzten Fall kann das Verfahren sofort abgebrochen werden, weil die zum Beweis verstellte Tatsache nicht mehr streitig ist und deshalb keines Beweises mehr bedarf; siehe aber Anm. 45.

43 Grundsätzlich ist ein Zugeständnis weder Angriffs- noch Verteidigungsmittel und unterliegt deshalb m.E. auch nicht der Eventualmaxime. Es kann aber mit solchen Zusätzen versehen werden und wird damit zum "qualifizierten" Zugeständnis; siehe dazu und zu den Folgen hinten S. 49 ff.

44 Vorn S. 29 f.

45 Bossart 57. Diejenige Partei, welche anfänglich bestreitet und erst in einem späteren Zeitpunkt zugesteht, läuft aber Gefahr, dass ihr auch bei einem allfälligen Obsiegen ein Teil der Prozesskosten überbunden wird, falls sie diese durch ihr Verhalten unnötigerweise verursacht hat; vgl. z.B. Zürich 66, Abs. 1 ZPO.

46 Hinten S. 66 ff.

47 Sie stellen lediglich ein Indiz dar; vgl. hinten S. 67.

b) Im Besonderen

aa) Im Sühneverfahren

Aufgabe des Sühneverfahrens ist nicht die materielle Streiterledigung. Der Friedensrichter als Sühnebeamter versucht lediglich, den Kläger von der Durchführung eines offenbar unbegründeten Prozesses und den Beklagten von der Bestreitung einer offenbar begründeten Klage abzuhalten, allenfalls auf den Abschluss eines Vergleichs hinzuwirken⁴⁸. Die Parteien haben deshalb in der Regel persönlich zu erscheinen, um möglichst schon in der persönlichen Aussprache eine Einigung zu erzielen. Ein eigentliches Beweisverfahren findet nicht statt und als Beweismittel sind lediglich Urkunden und Besichtigung des Streitobjektes zugelassen. Im Interesse einer wahrheitsgemässen Auskunfterteilung sehen die Prozessgesetze in der Regel auch vor, dass aus vor dem Friedensrichter erfolgten Zugeständnissen nichts für den nachfolgenden Prozess hergeleitet werden kann. Sie dürfen deswegen nicht protokolliert werden und der Friedensrichter darf im nachfolgenden Prozess nicht als Zeuge aussagen⁴⁹.

bb) In der Parteibefragung

Die Parteibefragung dient der Tatsachenfeststellung⁵⁰. Hier werden die Parteien zum Sachverhalt einvernommen. Zugeständnisse werden deshalb zur Hauptsache anlässlich dieser Befragung erklärt. Im heutigen schweizerischen Zivilprozessrecht lassen sich bei der Parteibefragung, je nach Beweiswert der gewonnenen Aussage und nach Sanktion, die an eine allfällige falsche Aussage geknüpft wird, in der

48 Guldener 419 ff.; Walder, Zivilprozess 381 ff.

49 Appenzell A.-Rh 125 ZPO, Appenzell I.-Rh. 131 ZPO, Basel-Land 92 Abs. 3 ZPO, Bern 154 ZPO, Genf 56 ZPO, Glarus 79 ZPO, Graubünden 88 ZPO, Jura 152 ZPO, Luzern 88 ZPO, Nidwalden 108 ZPO, Obwalden 113 Abs. 2, 152 ZPO, Schaffhausen 150 Abs. 2, 151 Abs. 2 ZPO, St. Gallen 203 ZPO, Schwyz 86 Abs. 2, 89 ZPO, Uri 121 ZPO, Waadt 133 ZPO, Wallis 133 ZPO, Freiburg 146 Abs. 1 ZPO sieht Protokollierung vor, die Parteien können daraus aber später nichts herleiten (Freiburg 151 Abs. 1 ZPO). Zug 80 Abs. 2 ZPO nimmt auf Verlangen einer Partei Zugeständnisse in das Protokoll auf, wenn sie unterschriftlich bestätigt werden von der zugebenden Partei. Ebenso Thurgau 155 Abs. 2 ZPO (auch ohne Verlangen einer Partei); vgl. SJZ 41 (1945) S. 131.

50 Guldener 352.

Regel drei Stufen unterscheiden: die informative Parteibefragung, das einfache Parteiverhör (persönliche Befragung) und die Beweisaussage⁵¹. Im Rahmen dieser sogenannten dreistufigen Parteivernehmung ist die persönliche Befragung die zweite Stufe⁵².

Die informative Parteibefragung erfolgt in der Form der Ausübung der richterlichen Fragepflicht. Sie ist nicht Beweismittel, sondern Teil des Hauptverfahrens und dient zur Ergänzung der erfolgten Behauptungen und Bestreitungen^{52a}.

Aufgabe des einfachen Parteiverhörs ist es, "durch formelle richterliche Befragung Tatbestände herauszulocken, die dem Beweisführer günstig sind, m.a.W, ihn zu Geständnissen zu veranlassen, zu denen er im Hauptverfahren oder in der informativen Befragung nicht bereit war"^{52b}. Da im Falle von Zugeständnissen das Beweisverfahren über die zugestandenen Tatsachen entfällt, kann eine geschickte persönliche Befragung die Prozessdauer wesentlich verkürzen. Allerdings erscheint es prima vista fraglich, ob ein Zugeständnis im einfachen Parteiverhör tatsächlich möglich ist. Da in der persönlichen Befragung gemachte Aussagen grundsätzlich der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen^{52c}, das Zugeständnis den Richter im Bereich der Verhandlungsmaxime aber bindet^{52d}, scheint es in diesem Verfahrensstadium ausgeschlossen. Aus der Verhandlungsmaxime folgt jedoch, dass die von einer Partei zugestandenen, ihr ungünstigen Tatsachen keines Beweises bedürfen und damit auch nicht der freien Beweiswürdigung durch den Richter unterliegen, ob sie nun in der Parteibefragung oder im Hauptverfahren erfolgen^{52e}.

51 Walder, Parteibefragung 616.

52 Walder, Zivilprozess 316.

52a Walder, Zivilprozess 317.

52b Walder, Parteibefragung a.a.O.

52c Guldener 354.

52d Hinten S. 43 ff.

52e Guldener a.a.O. Umstritten ist diese Frage in Deutschland; vgl. Lent, NJW 1953, 621.

cc) Im Rechtsmittelverfahren

Nach Massgabe der Vorschriften für Prozesshandlungen kann das Zugeständnis vor allen Instanzen erklärt werden. Wie steht es aber, wenn Prozessgesetze vorsehen, dass für gewisse Rechtsmittel bestimmte Vorbringen ausgeschlossen sind? Zu denken ist hier an das Novenverbot, das Verbot in der Rechtsmittel-Instanz neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Beweismittel aufzustellen⁵³. Verschiedene kantonale Gesetze kennen dieses Verbot für die kantonalrechtliche Berufung⁵⁴, den kantonalrechtlichen Rekurs⁵⁵ und die kantonalrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde⁵⁶. Das Zugeständnis wird vom Novenverbot nicht tangiert⁵⁷, da dieses nach richtiger Auffassung weder Tatsachenbehauptung noch Beweismittel ist und auch nicht Bestreitung oder Einrede⁵⁸.

Besonderer Erwähnung bedarf das Rechtsmittel der Revision. Dieses kann nur ergriffen werden, wenn bestimmte Revisionsgründe vorliegen. So kann (unter anderem) mit der Revision nur geltend gemacht werden, dass der Revisionskläger trotz sorgfältiger Sammlung des Prozesstoffes erst nachträglich erhebliche Tatsachen oder Beweismittel für erhebliche Tatsachen entdeckt habe, die bei rechtzeitiger

53 Walder, Zivilprozess 419.

54 Aargau vgl. Keller/Pfisterer § 318 Anm. 4 lit. g, Appenzell I.-Rh. 266 ZPO, Graubünden 255 ZPO, Neuenburg 385 ZPO, Tessin 321 ZPO, Waadt 452 ZPO. Für die Berufung ans Bundesgericht: 55 lit. c OG.

55 Freiburg 320 ZPO, Schaffhausen 361 ZPO, Thurgau 297 ZPO, Zug 212 ZPO. In Solothurn sind gemäss 303 ZPO Nova nur bei Rekursen im summarischen Verfahren zulässig.

56 Nova, die auf eine Vervollständigung des Vorbringens zur Hauptsache abzielen, sind unzulässig; vgl. Guldener 526.

57 PKG 1965 7 (23). Dies trifft nicht zu für den Geständniswiderruf; vgl. hinten S. 47 Anm. 27.

58 Vgl. vorn S. 27. Siehe aber auch Anm. 43.

Geltendmachung zu einer ihm günstigen Entscheidung geführt hätten⁵⁹. Die Anrufung dieses Revisionsgrundes setzt aber voraus, dass er sich auf Tatsachen bezieht, die sich in dem für die Entscheidung massgebenden Zeitpunkt bereits verwirklicht hatten⁶⁰. Ein Zugeständnis, das nach Urteilsfällung erklärt wird, ist zwar nicht mehr gerichtlich, vermag aber unter Umständen neue erhebliche Tatsachen zu begründen, bei deren früherer Kenntnisnahme durch den Richter der Prozess wahrscheinlich anders ausgegangen wäre. Streng nach der Auffassung, wonach Beweisgründe, die sich erst nach Urteilsfällung verwirklicht haben, keine Revisionsgründe sein können, wäre die Revision aufgrund eines nach Urteilsfällung erfolgten Zugeständnisses nicht möglich⁶¹. Diese Auffassung ist zu eng. Unter diesen Umständen sollte ein Zugeständnis einen Revisionsgrund bilden können⁶².

c) Protokollierung

Gerichtliche Entscheidungen, Ergebnisse von Augenscheinen, Ausführungen und Tatsachen, die durch Parteien, Zeugen und Sachverständige mündlich vorgetragen wurden und für den Richter eine notwendige Grundlage seiner Entscheidung bilden, sind zu protokollieren⁶³, soweit auf den in Frage stehenden Prozess die Grundsätze

59 Bund 137 lit. b OG, Aargau 349 lit. a ZPO, Appenzell A.-Rh. 274 ZPO, Appenzell I.-Rh. 284 Ziff. 1 ZPO, Bern 368 Ziff. 1, 2 ZPO, Freiburg 323 lit. a ZPO, Glarus 321 Ziff. 1 ZPO, Graubünden 273 Ziff. 1 ZPO, Jura 377 ZPO, Luzern 268 lit. a ZPO, Nidwalden 236 ZPO, Obwalden 282 ZPO, Solothurn 311 lit. a ZPO, Schaffhausen 372 Ziff. 1 ZPO, Schwyz 222 ZPO, St. Gallen 435 Ziff. 2 ZPO, Thurgau 294 a lit. a ZPO, Zug 215 Ziff. 3 ZPO, Zürich 293 ZPO.

60 Guldener 531.

61 BGE 73 II 125, 77 II 283.

62 Guldener a.a.O.

63 Hauser 158 ff.

Bund 7 BZPO, Aargau 121, 199, 219, 242 ZPO, Appenzell A.-Rh. 129, 179 ZPO, Appenzell I.-Rh. 49, 125 ZPO, Basel-Land 118, 124, 148, 169, 213 ZPO, Basel-Stadt 71 Abs. 2, 126, 148 Abs. 3 ZPO, 16 Abs. 4 OG, Bern 126 ff. ZPO, Freiburg 13 ZPO, Genf 65, 177, 247 ZPO, Glarus 251 ZPO, Graubünden 130 ZPO, Jura 124 ff. ZPO, Luzern 31, 121 Abs. 2, 169 Abs. 2, 173, 175, 184, 189 Abs. 2, 204 ZPO, Neuenburg 128, 209, 244 ZPO, Nidwalden 156 ff., 161 ZPO, Obwalden 165 ff. ZPO, Solothurn 65 ZPO, Schaffhausen 30 ZPO, Schwyz 94 ff. OG, St. Gallen 71 Ziff. 2, 244 Abs. 5, 250 Abs. 2 ZPO, Thurgau 125, 268 ZPO, Tessin 119 ZPO, Uri 99 Abs. 2, 111 Abs. 4 ZPO, Wallis 165, 167, 170, 177, 232, 261 ZPO, Waadt 209, 235, 240 ZPO, Zug 71 OG, Zürich 141 ff. GVG. Zur Protokollierung im Sühneverfahren vgl. vorn Anm. 49.

des mündlichen Verfahrens zur Anwendung kommen⁶⁴. Der positiven Beweiskraft des Protokolls entspringt es, dass ein protokolliertes Zugeständnis so lange als erfolgt zu gelten hat, als nicht der Beweis des Gegenteils geleistet wird⁶⁵. Umgekehrt ist es der negativen Beweiskraft zuzuschreiben, dass ein nicht beurkundetes Zugeständnis solange als nicht erfolgt betrachtet wird, als das Gegenteil nicht bewiesen ist⁶⁶. Ein gerichtliches Zugeständnis bedarf für seine Wirksamkeit also auch der ordnungsgemässen Protokollierung. Ein nichtprotokolliertes Geständnis darf niemals ungeprüft zur Urteilsgrundlage gemacht werden.

IV. Zugeständnis als Säumnisfolge im Säumnisverfahren. Fiktion des Zugeständnisses?

Im Interesse eines geordneten Prozessverfahrens ist es nötig, dass die Parteien ihre Prozesshandlungen in einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vornehmen. Um diesem Interesse gerecht zu werden, sind in den Prozessgesetzen Bestimmungen über Fristen und Tagfahrten enthalten⁶⁷. Nimmt eine Partei bis zu dem ihr durch diese Bestimmungen vorgeschriebenen Zeitpunkt eine Prozesshandlung nicht vor, lassen die Gesetze sogenannte Säumnisfolgen eintreten. Diese Folgen können sehr verschieden sein⁶⁸. Hier interessiert nur der Fall, da der Beklagte der Hauptverhandlung fernbleibt. Soweit für einen Prozess die Verhandlungsmaxime gilt, hat der Beklagte die ihm günstigen Tatsachen in den Prozess einzuführen. Deshalb wird bei dessen Säumnis in der Regel unterstellt, er anerkenne⁶⁹ die vom Gegner vorgebrachten tatsächlichen Klagegründe und verzichte auf Einreden⁷⁰. Handelt es sich bei dieser Unterstellung um ein fingiertes Zugeständnis⁷¹, d.h. will der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen, dass Säumnis des Beklagten kraft gesetzlicher Vermutung die gleichen Folgen nach sich ziehe, wie wenn er vor Gericht erschienen wäre und ein Zugeständnis erklärt hätte? Der

64 Guldener 423-434.

65 Hauser 180.

66 Hauser a.a.O.

67 Guldener 265 ff.

68 Guldener 269 ff.

69 Besser wäre der Ausdruck "zugestehen"; vgl. vorn S. 21.

70 So ausdrücklich Glarus 128 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO, Schaffhausen 171 Abs. 2 ZPO, Schwyz 111 Abs. 1 ZPO, Zug 96 Abs. 3 ZPO, Zürich 129, 130 ZPO.

71 Walder, Prozesserrledigung 139.

Begriff "fingiertes Zugeständnis" mag zwar nicht unzutreffend sein, tatsächlich ist er aber unrichtig, weil die Wirkungen der Unterstellung, dass Tatsachenbehauptungen bei Säumnis des Beklagten als anerkannt zu gelten haben, nicht als Folge der Fiktion zu sehen sind, sondern als Folge davon, dass die wegen Säumnis nicht bestrittenen Tatsachen unbeanstandet vorhanden sind⁷². So kann z.B. bei Säumnis des Beklagten sein Nebenintervenient oder Litisdenunziant die Tatsachenbehauptungen des Klägers bestreiten, während sich eine Nebenpartei mit einem wirklichen Zugeständnis des Unterstützten nicht in Widerspruch stellen darf⁷³.

C. SUBJEKT DES ERKLAERENDEN

I. Prozesspartei

Prozesspartei kann jede rechtsfähige Person sein⁷⁴. Aber grundsätzlich kann nur die prozessfähige und postulationsfähige Partei Prozesshandlungen vornehmen. Da Prozessfähigkeit die Handlungsfähigkeit voraussetzt, kann ein Zugeständnis in einem Prozess nur von seiten einer handlungsfähigen Person wirksam erfolgen. Handlungsfähigkeit setzt bei natürlichen Personen Mündigkeit und Urteilsfähigkeit voraus⁷⁵, bei juristischen Personen die Bestellung der nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe⁷⁶. Im allgemeinen ist jede prozessfähige Partei auch postulationsfähig, d.h. sie ist berechtigt, den eigenen Prozess selbst zu führen⁷⁷. Bei Vorliegen der ebenerwähnten Voraussetzungen kann also jede Partei selbständig im Verlaufe eines Prozesses wirksam Zugeständnisse erklären, soweit nicht die Offizialmaxime eingreift. Grundsätzlich hat eine prozessfähige Person aber auch das Recht, ihren Prozess durch einen gewillkürten Stellvertreter führen zu lassen⁷⁸. Diesfalls können Zugeständnisse von seiten des Stellvertreters in den Grenzen seiner Vertretungsmacht erfolgen.

72 Heusler 143; vgl. auch vorn S. 33.

73 Guldener 272; vgl. auch hinten S. 42.

74 Art. 11 ZGB.

75 Art. 12 ff. ZGB.

76 Art. 54 ZGB.

77 Die Schweiz kennt im Gegensatz zu Deutschland den Anwaltsprozess nicht.

78 Stellvertretung ist nicht möglich im Sühneverfahren und im Verfahren über Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis und auch nicht dort, wo eine Partei selber Beweisaussagen zu machen hat.

II. Prozessunfähiger

Eine Partei ist prozessunfähig, wenn eine der im vorangegangenen Abschnitt aufgezählten Voraussetzungen fehlt. Sie kann grundsätzlich ihre Interessen im Prozess nur durch ihren gesetzlichen Vertreter wahrnehmen lassen⁷⁹. Deshalb ist das Gericht an das Zugeständnis einer solchen Partei auch nicht gebunden. Es kann nicht von der Erklärung eines Prozessunfähigen abhängen, ob eine streitige Tatsache zu beweisen ist. Aussagen des Prozessunfähigen sind deshalb frei zu würdigen⁸⁰. Verschiedene Prozessgesetze bestimmen ausdrücklich, dass Zugeständnisse nur durch die Partei, den Bevollmächtigten oder den gesetzlichen Vertreter erfolgen können⁸¹.

III. Streitgenossen

a) Notwendiger Streitgenosse

Bei der Streitgenossenschaft handelt es sich um die Einbeziehung mehrerer Personen auf der Kläger- oder Beklagtenseite als Parteien⁸². Dies wird regelmässig dort notwendig, wo das materielle Recht subjektive Rechte kennt, die nicht anders als von mehreren Personen gemeinsam oder nur mehreren Personen gegenüber gemeinsam ausgeübt werden können (z.B. Erbengemeinschaft). In diesem Fall spricht man von notwendiger Streitgenossenschaft⁸³. Im Wesen der notwendigen Streitgenossenschaft liegt es, dass behauptete Rechte nur gemeinsam ausgeübt werden können. Somit sind auch Prozesshandlungen nur dann wirksam, wenn sie gemeinsam bzw. übereinstimmend vorgenommen wurden. Ein Zugeständnis ist daher nur insofern von Bedeutung, als es durch die Streitgenossen gemeinsam erfolgt⁸⁴.

79 Beschränkt Prozessfähige können Rechte selbständig ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19 ZGB).

80 Guldener 354.

81 Das Bundesgericht hindert die Kantone nicht, auf tatsächliche Zugeständnisse einer prozessunfähigen Partei abzustellen; vgl. BGE 39 II 491, 44 II 209.

81 Aargau 149 ZPO, Neuenburg 210 ZPO, Tessin 194 ZPO, Waadt 166 ZPO, Wallis 184 ZPO.

82 Guldener 296.

83 Beispiele: Art. 652 f. ZGB, Art. 774 ZGB, Art. 205 OR, Art. 545 Ziff. 7 OR, BGE 89 II 432.

84 Nach Guldener 354 unterliegt es der freien richterlichen Beweismwürdigung, inwieweit auf das Zugeständnis nur eines einzelnen Streitgenossen abzustellen ist.

b) Einfacher Streitgenosse

Die einfache Streitgenossenschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass mehrere Klagen verschiedener Kläger oder gegen verschiedene Beklagte, die an sich getrennt erhoben werden können, aus Zweckmässigkeitsgründen in einem Prozess vereinigt werden⁸⁵. Im Gegensatz zur notwendigen Streitgenossenschaft haben hier die verschiedenen Klagen der Streitgenossen, oder die verschiedenen Klagen gegen sie, selbständigen Charakter. So kann jeder den Prozess selbständig führen und die von einem einfachen Streitgenossen persönlich vorgenommenen Prozesshandlungen werden nur diesem zugerechnet. Ein Zugeständnis wirkt nur gegenüber dem erklärenden Streitgenossen und nicht auch gegenüber den andern⁸⁶.

IV. Nebenintervenient

Wer ein rechtliches Interesse daran glaubhaft macht, dass in einem zwischen andern Personen rechtshängigen Prozess die eine Partei obsiege, kann sich ihr zur Unterstützung als Nebenintervenient anschliessen⁸⁷. Der Nebenintervenient hat die gleichen prozessualen Befugnisse wie eine Hauptpartei. Zu deren Unterstützung kann sie Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, die auch für die Hauptpartei wirksam sind. In der Regel wird aber festgelegt, das Vorbringen des Nebenintervenienten dürfe demjenigen der Hauptpartei nicht widersprechen. Insbesondere ist also das Zugeständnis des Nebenintervenienten über eine von der Hauptpartei bestrittenen Tatsache nicht zu berücksichtigen⁸⁸.

85 Guldener 301.

86 Guldener 304.

87 Bund 15 BZPO, Aargau 31 ff. ZPO, Appenzell A.-Rh. 53 ZPO, Appenzell I.-Rh 65 ff. ZPO, Basel-Stadt 26 ZPO, Bern 44 ff. ZPO, Freiburg 91 ff. ZPO, Genf 302 ff. ZPO, Glarus 39 ZPO, Graubünden 49 ZPO, Jura 43 ZPO, Luzern 72 ff. ZPO, Neuenburg 47 ff. ZPO, Nidwalden 45 ZPO, Obwalden 39, 41 ZPO, Solothurn 41 ff. ZPO, Schaffhausen 88 ff. ZPO, Schwyz 40, 41 ZPO, St. Gallen 110 ZPO, Thurgau 35 ff. ZPO, Tessin 49, 51-55 ZPO, Uri 62 ff. ZPO, Wallis 43 ff. ZPO, Waadt 80 ff. ZPO, Zug 23 ff. ZPO, Zürich 44, 45, ZPO.

88 Sträuli/Messmer § 152 N 8. Widersprüchlich Guldener 272 Anm. 37 f. und 354.

§ 4 WIRKUNGEN

Das gerichtliche Zugeständnis entfaltet nach zwei Seiten hin Wirkungen. Einmal bindet es den Richter insofern daran, als er auf jede weitere Erforschung der materiellen Wahrheit der zugegebenen Tatsache zu verzichten hat. Er muss diese seinem Urteil so zugrunde legen, wie sie ihm durch die Parteien übereinstimmend geschildert wurden¹. Selbstverständlich gilt das nicht uneingeschränkt. Aufgabe des folgenden Paragraphen² wird es sein, die Grenzen aufzuzeigen, an denen das gerichtliche Geständnis seine richterliche Bindungswirkung verliert³. Ebenfalls soll erst dort auf die verschiedenen Theorien eingegangen werden, die den Geständniswirkungen zugrunde liegen und die, je nachdem, die ebenerwähnten Grenzen enger oder weiter zu stecken versuchen. In diesem Paragraphen geht es darum, anhand der kantonalen Zivilprozessordnungen und der Bundeszivilprozessordnung darzustellen, wie die richterliche Bindungswirkung im einzelnen ausgestaltet ist und wie sie erreicht wird.

Die zweite Geständniswirkung liegt in der Bindung der Parteien daran. Kann ein einmal erklärtes Zugeständnis widerrufen werden und allenfalls unter welchen Voraussetzungen? Dieser Frage widmet sich der zweite Abschnitt dieses Paragraphen⁴. Es wird sich zeigen, dass die schweizerischen Prozessgesetze diesbezüglich recht unterschiedliche Lösungen getroffen haben.

A. AUSSCHLUSS DER BEWEISBEDUERFTIGKEIT DER ZUGESTANDENEN TATSACHE. BINDUNGSWIRKUNG FUER DEN RICHTER.

Nach sämtlichen kantonalen Zivilprozessordnungen wie auch nach der Bundeszivilprozessordnung bedarf eine zugestandene Tatsache keines Beweises⁵. Soweit sie

1 SJZ 71 (1975) S. 11; Guldener 160; Rosenberg/Schwab § 117 1 e.

2 Siehe hinten S. 55 ff.

3 Insbesondere wird darauf einzugehen sein, inwieweit der Richter an eine zugestandene Tatsache gebunden ist, von der er weiss, dass sie sich nicht verwirklicht hat.

4 Hinten S. 46 ff.

5 Bund 36 BZPO, Aargau 143 ZPO, Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 1 ZPO, Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Basel-Land 132 ZPO, Basel-Stadt 94 ZPO, Bern 215 ZPO, Freiburg 193 Abs. 3, 194 Abs. 1 ZPO, Genf 163 ZPO, Glarus 165 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO, Jura 213 ZPO, Luzern 132 ff. ZPO, Neuenburg 210 Abs. 2 ZPO, Nidwalden 134 ZPO, Obwalden 137 ZPO, Solothurn 150 Abs. 1 ZPO, Schaffhausen 181 Abs. 1 ZPO, Schwyz 115 ZPO, St. Gallen 215 Abs. 2 ZPO, Thurgau 224 ZPO, Tessin 193 Abs. 2 ZPO, Uri 172 ZPO, Wallis 184 ZPO, Waadt 166, 164 ZPO, Zug 150 Abs. 2 ZPO, Zürich 133 ZPO.

rechtserheblich ist, muss sie grundsätzlich⁶ ohne jede weitere Prüfung dem Urteil zugrunde gelegt werden, auch wenn sie sich nicht verwirklicht haben sollte⁷. Nimmt ein Gericht über solche Tatsachen trotzdem noch Beweis ab oder legt es seinem Urteil andere als die zugestandenen Tatsachen zugrunde, so bedeutet dies eine Verletzung der in Anm. 5 zitierten Gesetzesvorschriften, welche mit dem entsprechenden Rechtsmittel gerügt werden kann⁸. Der Richter ist also an ein erklärtes Geständnis gebunden. Diese Bindungswirkung wird von den Prozessgesetzen auf unterschiedliche Art herbeigeführt. Je nach getroffener Lösung lassen sich drei Gruppen unterscheiden:

Zur ersten Gruppe gehören die Kantone Basel-Land, Nidwalden, Obwalden, Solothurn, Schaffhausen, Schwyz, Uri und Zürich. Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie das Geständnis nicht erwähnen. Bereits in anderem Zusammenhange wurde festgestellt, dass dies nicht bedeutet, ein Zugeständnis könne nach jenen Zivilprozessordnungen nicht erklärt werden⁹. Auch hier wird ab und zu eine Prozesspartei eine gegnerische Tatsachenbehauptung als richtig gelten lassen. In Zürich z.B. wird ein Gericht eine solche Geständniserklärung unter den § 133 ZPO subsumieren, der folgendermassen lautet:

"Beweis wird erhoben über erhebliche streitige Tatsachen, über fremdes Recht und Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche. Hat der Richter davon sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen."

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Zürich 133 ZPO ist also nur über streitige Tatsachen Beweis zu führen. Da aber zugestandene Tatsachen nicht streitig sind, lässt sich aus § 133 folgern, dass zugestandene Tatsachen nicht zu beweisen sind, weil ihnen die für die Beweisabnahme erforderliche Voraussetzung des Bestrittenseins fehlt. Das gleiche gilt für die übrigen zu dieser Gruppe gehörenden Zivilprozessordnungen¹⁰.

6 Zu den Einschränkungen siehe hinten S. 54 und S. 59 ff.

7 Das folgt aus der Verhandlungsmaxime; vgl. Guldener 160 und hinten S. 55 f.

8 SJ 59 (1963) p. 66.

9 Vgl. vorn S. 31 ff.

10 Basel-Land 132 ZPO, Nidwalden 134 ZPO, Obwalden 137 ZPO, Solothurn 150 Abs. 1 ZPO, Schaffhausen 181 Abs. 1 ZPO, Schwyz 115 ZPO, Uri 172 ZPO, Zürich 133 ZPO.

Ebenso Bund 36 Abs. 1 BZPO, Bern 215 ZPO, Freiburg 193 Abs. 2 ZPO, Jura 213 ZPO, Thurgau 224 Abs. 1 ZPO, Waadt 164 Abs. 1 ZPO und Zug 150 Abs. 2 ZPO, welche aber im Gegensatz zu den andern das Zugestehen von Tatsachen ausdrücklich erwähnen.

In der zweiten Gruppe, der die Kantone Aargau, Appenzell A.-Rh., Basel-Stadt, Graubünden und St. Gallen angehören, bedürfen zugestandene Tatsachen keines Beweises, weil dies von ihren Prozessordnungen ausdrücklich so bestimmt wird¹¹. So lautet z.B. § 143 Abs. 1 der aargauischen ZPO:

"Die von einer Partei behaupteten Tatsachen, welche der Gegner im Laufe des Prozesses in seinen Rechtsschriften oder bei einer mündlichen Verhandlung ausdrücklich als richtig zugestanden hat oder welche bei dem Gericht offenkundig sind oder für deren Richtigkeit eine gesetzliche Vermutung besteht, bedürfen keines Beweises."¹²

Appenzell A.-Rh. und St. Gallen könnten ohne weiteres auf die ausdrückliche Erwähnung der Geständniswirkungen verzichten. Da sie ohnehin festhalten, dass Beweis nur über erhebliche streitige Tatsachen zu führen ist¹³, wäre eine zugestandene Tatsache - gleich wie bei der ersten Gruppe - allein schon aufgrund dieser Norm nicht beweisbedürftig.

Zur dritten Gruppe schliesslich sind die Kantone Appenzell I.-Rh, Genf, Glarus, Neuenburg, Tessin und Wallis zu zählen. Nach dem Wortlaut ihrer Zivilprozessordnungen begründet ein Zugeständnis die Wahrheit¹⁴ oder erbringt den vollen Beweis¹⁵ der zugestandenen Tatsache. In beiden Fällen wird dem Richter also vorge-schrieben, welche Konsequenzen er aus einem erfolgten Geständnis zu ziehen hat. Im ersten Fall muss er die Beweisabnahme unterlassen und die zugestandene Tatsache ungeprüft seinem Urteil zugrunde legen, weil er sie als wahr zu betrachten hat, im zweiten Fall, weil sie als bewiesen gilt. Diese Auffassungen der Geständniswirkung gehen auf den deutschen gemeinen Zivilprozess zurück¹⁶ und entsprechen

11 Aargau 143 ZPO, Appenzell A.-Rh. 150 ZPO, Basel-Stadt 94 ZPO, Graubünden 180 Abs. 1 ZPO, St. Gallen 215 Abs. 2 ZPO.

12 Aargau 148 Abs. 1 ZPO lautet: "Wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreites in ihren schriftlichen oder mündlichen Vorträgen eine vom Gegner behauptete Tatsache ausdrücklich zugesteht, so ist sie als bewiesen anzunehmen". Diese Bestimmung ist überflüssig, weil Aargau 143 Abs. 1 ZPO bereits bestimmt, dass zugestandene Tatsachen nicht zu beweisen sind. Aargau 148 Abs. 1 ZPO erklärt sich aus der alten aargauischen Zivilprozessordnung, welche das Zugeständnis als Beweismittel auffasste; vgl. Aargau 125-129 aZPO.

13 Appenzell A.-Rh 150 Abs. 1 ZPO, St. Gallen 215 Abs. 1 ZPO.

14 Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Genf 163 ZPO, Neuenburg 210 Abs. 2 ZPO.

15 Glarus 165 ZPO, Tessin 193 Abs. 2 ZPO, Wallis 181 ZPO.

16 Vgl. vorn S. 18 ff.

nicht mehr der heutigen Lehre¹⁷. Das gerichtliche Geständnis erbringt keine Wahrheit¹⁸. Es ist nicht Aufgabe des Richters, zu prüfen, ob eine zugestandene Tatsache sich verwirklicht habe. Die Geständniswirkungen entspringen der Verhandlungsmaxime¹⁹. Sie entstehen, weil eine dem Prozessgegner ungünstige Tatsachenbehauptung von diesem als richtig anerkannt wurde, nicht weil dadurch deren Wahrheit erwiesen wäre. Das Zugeständnis ist nicht Beweismittel, das die zugestandene Tatsache zu beweisen vermöchte. Seine Wirkungen gehen weiter. Es unterliegt nicht der freien richterlichen Beweismittelwürdigung, sondern es schliesst vielmehr den Beweis aus. Die daran geknüpfte Folge der verbindlichen Urteilsgrundlage wird dem Zugeständnis zwar auch von jenen Prozessgesetzen zugebilligt, die es als Beweismittel²⁰ auffassen. Sie wird aber nur erreicht, indem dem Richter durch spezielle Vorschrift befohlen wird, er habe die zugestandene Tatsache nicht wie ein normales Beweismittel frei zu würdigen, sondern als bewiesen zu betrachten²¹. Den kantonalen Prozessrechten ist es zwar unbenommen, solche gesetzlichen Beweisregeln aufzustellen²². Sie sind der Praxis weiter auch nicht schädlich. Es wäre m.E. aber trotzdem wünschenswert, bei künftigen Gesetzesrevisionen auf solche überholten Vorschriften zu verzichten. Es wäre lediglich festzuhalten, dass nur rechtserhebliche bestrittene Tatsachen zu beweisen sind. Darin würden auch problemlos die Geständniswirkungen aufgehen²³.

B. WIDERRUF. BINDUNGSWIRKUNG FUER DIE ZUGESTEHENDE PARTEI.

Der Widerruf des Zugeständnisses ist im schweizerischen Zivilprozessrecht verschieden ausgestaltet. Die meisten Kantone kennen (wie z.B. Oesterreich 266 ZPO) die freie Widerruflichkeit. Einige Prozessgesetze dagegen lassen den Widerruf zugestandener Tatsachen nur beschränkt zu. Gleich wie in § 290 der deutschen Zivil-

17 · Walder, Parteibefragung 616; Guldener 160; Blomeyer 336.

18 Vgl. Bülow 224 f. In den meisten Fällen wird man aber davon ausgehen können, dass die zugestandene Tatsache stimmt, weil angenommen werden darf, dass die Prozessparteien in der Regel Tatsachen zugestehen werden, von denen sie wissen, dass sie sich verwirklicht haben.

19 Vorn. Anm. 7.

20 So ausdrücklich Glarus 164 ZPO, St. Gallen 217 Abs. 1 ZPO, Tessin 188 ZPO. Sinngemäss auch Aargau 148 ff. ZPO, Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Waadt 166-169 ZPO.

21 Glarus 165 ZPO, Tessin 193 Abs. 2 ZPO.

22 Kummer, Kommentar N 66.

23 Vgl. z.B. Zürich 133 ZPO; Sträuli/Messmer § 133 N 4 und 5.

prozesordnung fallen hier die Geständniswirkungen nur bei Vorliegen bestimmter Gründe dahin. Allgemein wird angenommen, dass ein Geständniswiderruf mit Zustimmung der Gegenpartei ohne weiteres wirksam ist²⁴.

I. Freier Widerruf

Alle schweizerischen Prozessgesetze - ausgenommen die im nachfolgenden Abschnitt aufgeführten²⁵ - kennen die freie Widerruflichkeit. Das bedeutet nicht, es könne nach diesen Gesetzen immer und jederzeit ein erklärtes Geständnis seiner Wirkungen beraubt werden, indem es widerrufen wird. Das ist nur so lange möglich, als noch Tatsachenbehauptungen im Prozess aufgestellt werden können²⁶. Dies ist klar, wenn man sich vor Augen hält, dass durch einen Geständniswiderruf die tatsächliche Grundlage des Prozesses verändert wird. Wo es der Richter mit einer anfänglich nicht beweisbedürftigen Tatsache zu tun hatte, sieht er sich durch den Widerruf nun plötzlich einer bestrittenen gegenüber, sofern die Gegenpartei dem Widerruf nicht zustimmt²⁷.

Bei unbeschränkter Widerruflichkeit unterliegt es der freien richterlichen Beweiswürdigung, inwieweit einem widerrufenen Zugeständnis Beweiskraft zukommt²⁸. Der Richter entscheidet diese Frage unter Berücksichtigung aller geltendgemachten Umstände nach freier Ueberzeugung²⁹. Insbesondere ist es möglich, dass er ein widerrufenes Geständnis als Indiz für die widerrufene Tatsache wertet³⁰.

II. Beschränkter Widerruf

Die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Graubünden, Jura, Neuenburg, Tessin, Wallis, Waadt und Zug lassen gemäss ihren Zivilprozessordnungen den Widerruf von zugestandenem Tatsachen nur zu, wenn nebst den formellen noch weitere Voraus-

24 Rosenberg/Schwab § 117 I 1 f.; Stein/Jonas § 290 I; Schönke/Kuchinke 49 IV; Blomeyer § 68 IV.

25 Hinten S. 48.

26 Guldener 287.

27 Im Gegensatz zur Geständniserklärung unterliegt damit der Geständniswiderruf m.E. in der Rechtsmittelinstanz den Novenbestimmungen; vgl. vorn S. 37 Anm. 57 und Fasching 247 Anm. 7.

28 Siehe z.B. Bund 36 Abs. 2 ZPO.

29 Guldener 287.

30 Guldener a.a.O. Anm. 39.

setzungen erfüllt sind. So hängt hier die Widerruflichkeit vom Nachweis ab, das Geständnis sei irrtümlich erklärt worden. Anders als in der deutschen Zivilprozessordnung³¹ braucht darüber hinaus nicht auch noch der Beweis erbracht zu werden, die zugestandene Tatsache sei nicht wahr. Einzig die aargauische Prozessordnung verlangt ebenfalls diesen doppelten Nachweis³². In der Regel kann der Irrtum rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein³³, die Entschuldbarkeit spielt keine Rolle³⁴. Vereinzelt wird aber auch bestimmt, dass einzig der Tatsachenirrtum beachtlich sei³⁵.

An den Irrtumsnachweis sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Ein strikter Beweis kann nicht verlangt werden. Es genügt, wenn Tatsachen angeführt werden können, die es als höchst wahrscheinlich erscheinen lassen, dass der Gestehende an der Erkenntnis des wahren Sachverhaltes gehindert oder die unrichtige Darstellung durch sie herbeigeführt wurde³⁶. Das gleiche gilt auch für den Beweis, die zugestandene Tatsache entspreche nicht der Wahrheit, wie ihn die aargauische Zivilprozessordnung verlangt. Da hier der Gestehende über eine Tatsache Beweis erbringen muss, die ohne Zugeständnis und anschliessenden Widerruf vom Gegner zu beweisen gewesen wäre, bedeutet der Unwahrheitsnachweis praktisch eine Beweislastumkehr. Unter diesen Umständen strikten Beweis zu verlangen, wäre übertrieben³⁷. Im übrigen bleibt festzuhalten, dass der Richter im einzelnen frei

31 Deutschland 290 ZPO.

32 Aargau 154 ZPO. Diese Bestimmung wurde der deutschen Zivilprozessordnung entnommen; vgl. Keller/Pfisterer § 154 Anm. 1.
Bern 216 ZPO, Freiburg 195 ZPO, Jura 214 ZPO und Zug 151 Abs. 3 ZPO lassen den Widerruf auch zu, wenn ein Geständnis erklärt wurde, weil die gestehende Partei von der Gegenpartei in schuldhafter Weise dazu veranlasst wurde.

33 Aargau 154 ZPO, Bern 216 ZPO, Freiburg 195 ZPO, Graubünden 180 Abs. 2 ZPO, Wallis 185 ZPO, Zug 151 Abs. 3 ZPO. Ebenso Deutschland 299 ZPO.

34 Leuch Art. 216 N 2; Rosenberg/Schwab § 117 I 1 f.

35 Genf 163 ZPO, Neuenburg 210 Abs. 3 ZPO, Tessin 195 ZPO, Waadt 168 ZPO.

36 Vgl. Keller/Pfisterer § 154 Anm. 5. Freiburg 195 ZPO bestimmt ausdrücklich, dass blosse Glaubhaftmachung genügt.

37 Vg. Stein/Jonas § 290 I 1.

würdigt, ob der Irrtumsnachweis, oder im Falle der aargauischen Prozessordnung auch der Beweis der Unwahrheit erbracht ist.

Aus dem Erfordernis des Irrtumsnachweises lässt sich ableiten, dass bewusst unwahre Zugeständnisse nicht widerruflich sind. Wer weiss, dass eine zugestandene Tatsache nicht der Wahrheit entspricht, kann darüber nicht irrtümlich ein Geständnis ablegen³⁸.

C. DAS QUALIFIZIERTE ZUGESTAENDNIS

I. Wesen

Wenn bis jetzt in dieser Dissertation von Geständnis oder Zugeständnis gesprochen wurde, so war damit immer das einfache Zugestehen der vom Gegner behaupteten, ungünstigen Tatsache gemeint. Häufig kommt es aber vor, dass die gestehende Partei ihr Zugeständnis mit Zusätzen versieht, die dem Vorbringen der gegnerischen, beweisbelasteten Partei widersprechen. Solche Zusätze können selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel sein, die vom Gegenstand des Zugeständnisses verschieden sind. Die beklagte Partei gesteht z.B. den Empfang eines Darlehens zu, behauptet aber gleichzeitig, es zurückbezahlt zu haben³⁹. Aber auch einschränkende Behauptungen, die den Gegenstand des Zugeständnisses selbst betreffen, können als Zusatz beigefügt werden. So kann der Beklagte etwa behaupten, er habe zwar den Betrag erhalten, aber nicht als Darlehen, sondern als Schenkung; oder es wird der behauptete Vertrag zugestanden mit dem Zusatz, er sei unter einer nicht erfüllten Bedingung⁴⁰ oder noch laufenden Befristung oder im Namen eines Dritten abgeschlossen worden oder er sei durch Irrtum, Täuschung unter Simulation zustandegekommen⁴¹. In der Literatur zeichnet sich die Tendenz ab, nur das

38 Das gilt auch bei freier Widerruflichkeit; vgl. hinten S. 54.

39 Guldener, Beweislast 58.

40 Dies wird wohl in der Praxis der häufigste Fall sein; vgl. Keller/Pfisterer § 153. Siehe auch Basel-Stadt 94 ZPO, wo dieser Fall ausdrücklich geregelt ist.

41 Leuch Art. 217.

Geständnis, das mit Zusätzen versehen wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel darstellen, als "qualifiziert"⁴² zu bezeichnen. Der bloss einschränkende Zusatz dagegen wird als "motiviertes Leugnen"⁴³ bezeichnet, da hier der Beklagte den vom Kläger behaupteten Klagegrund (Geständnisgegenstand) teilweise bestreitet (leugnet)⁴⁴. Der Begriff des qualifizierten Geständnisses ist bis heute unklar geblieben⁴⁵. Es erübrigt sich jedoch, weiter auf die Terminologie einzugehen, da es hier zur Darstellung der Wirkungen genügt, wenn wir daran festhalten, dass ein Zugeständnis dann als "qualifiziert" zu betrachten ist, wenn es mit Zusätzen versehen wird, die mit dem Vorbringen der beweisbelasteten Partei in Widerspruch stehen⁴⁶.

II. Teilbarkeit oder Unteilbarkeit des qualifizierten Zugeständnisses

a) Das Problem

Kommen wir zurück auf das vorhin erwähnte Beispiel mit dem zugestandenen Empfang des Darlehens. Dieser Parteierklärung gegenüber kann man folgende Auffassung vertreten. Es sei nur der Empfang zugestanden und damit sei dieser Vorgang nicht beweisbedürftig. Die Rückzahlung dagegen sei als rechtsaufhebende Bedingung nach den Regeln der Beweislast vom Beklagten zu beweisen⁴⁷. Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, ein qualifiziertes Geständnis sei in seiner Gesamtheit anzunehmen und damit unteilbar⁴⁸. Dieser Auffassung liegt die Ueberlegung zugrunde, die Aussage einer Partei verdiene in allen Teilen den gleichen Glauben⁴⁹. Es sei nicht recht, der Erklärung des Beklagten, er habe das Darlehen zurückbezahlt, keinen Glauben zu schenken, wenn dieser schon so ehrlich sei und bekenne, dass er es erhalten habe. Schliesslich hätte er ja ebensogut den Empfang des Darlehens bestreiten können⁵⁰. Die Bedeutung dieser auf die mittel-

42 Frz.: "l'aveu qualifié."

43 Frz.: "l'aveu complexe."

44 Schmidt 130 und dort in Anm. 29 zit. Autoren.

45 Schmidt a.a.O.

46 Guldener, Beweislast 58; ZR 5 (1906) Nr. 102.

47 Grundsatz der Teilbarkeit; vgl. Guldener, Beweislast 58 ff.; Schmidt 129 ff.

48 Grundsatz der Unteilbarkeit; vgl. Guldener a.a.O.; Schmidt 127 f.

49 Guldener, Beweislast 59.

50 Guldener, a.a.O.

alterliche scholastische Prozesswissenschaft zurückgehenden Theorien⁵¹ liegt in der Beweislastverteilung⁵². Nach dem Grundsatz der Teilbarkeit trifft den Beklagten die Beweislast für die Rückzahlung des Darlehens. Nach dem Unteilbarkeitsgrundsatz dagegen, hat der Kläger die Hingabe zu beweisen, da er das qualifizierte Zugeständnis als Ganzes ablehnen muss, will er den Zusatz des Beklagten, es sei zurückbezahlt worden, nicht gelten lassen.

Weder das ZGB noch das OR nehmen zu der Frage Stellung, ob der Grundsatz der Teilbarkeit oder der Unteilbarkeit anzuwenden ist. Die schweizerischen Prozessgesetze gehen verschiedene Wege⁵³. Man muss auch sehen, dass dieses Problem dem Praktiker meist nicht bewusst sein wird, da sich das Zugeständnis und dessen Umfang oft in den Tatbestandsfeststellungen der Parteien versteckt und vom Richter zuerst durch juristische Analyse herausgeschält werden muss⁵⁴. Aus verschiedenen Gründen ist m.E. der Grundsatz der Unteilbarkeit abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, wieso eine mit Zusätzen behaftete Geständniserklärung in all ihren Teilen gleichen Glauben verdienen soll. Für die Zeugenaussage wurde das auch noch nie angenommen⁵⁵. Das Unteilbarkeitsprinzip wird den Richter auch oft dazu zwingen, gegen seine Ueberzeugung zu entscheiden. Da der Kläger ein unteilbares Geständnis nur als ganzes ablehnen darf, müsste er, wie bereits erwähnt wurde, die Hingabe des Darlehens beweisen, will er die vom Beklagten behauptete Rückzahlung nicht gelten lassen. Der Kläger wird also gezwungen, über eine Tatsache Beweis zu führen, von welcher der Richter aufgrund des erfolgten Zugeständnisses ohnehin annehmen muss, dass sie sich verwirklicht hat. Misslingt dem Kläger dieser Beweis, hat der Richter wider besseres Wissen die Hingabe des Darlehens zu verneinen. Diese Konsequenz lässt sich mit der Aufgabe der Rechtsprechung, die materielle Wahrheit zu verwirklichen, nicht vereinbaren⁵⁶.

51 Schurter 100.

52 Rosenberg, Qualifiziertes Geständnis 2.

53 Hinten S. 53 f.

54 Heusler 128.

55 Guldener, Beweislast 59.

56 Spillmann 22.

Wenn hier aus den dargelegten Gründen das Unteilbarkeitsprinzip abgelehnt wird, so bedeutet das nicht, es sei das Teilbarkeitsprinzip vorzuziehen. Es ist m.E. auch nicht nötig, diese Frage vom Gesetzgeber entscheiden zu lassen, wie auch schon verlangt wurde⁵⁷. Wenn man daran festhält, dass ein Zugeständnis nichts anderes bedeute, als dass die zugestandene Tatsache nicht zu beweisen ist, dann kommt diese Wirkung nur jener Tatsache zu, die den Gegenstand des Zugeständnisses ausmacht. Inwieweit ein allenfalls erklärter Zusatz von dieser Wirkung ebenfalls erfasst wird, entscheidet sich durch die Frage, ob dieser Zusatz noch zum Geständnisgegenstand gehört und deshalb überhaupt noch eine zugestandene Tatsache existiert. Diesen Gegenstand stellt der Richter - nötigenfalls mittels Befragung - unter Berücksichtigung des gesamten Verhaltens der Partei fest⁵⁸. Ist er sich darüber im klaren, dann besteht nur diesem gegenüber Ausschluss der Beweisbedürftigkeit. Letztlich geht es also um nichts anderes als um die Feststellung, was unter den Parteien streitig ist und was nicht. Das aber soll der Richter nach Treu und Glauben entscheiden⁵⁹ und nicht nach zwingender Beweisvorschrift. Hat er dies getan, so braucht er lediglich noch die Beweislast nach Art. 8 ZGB auf die in konkreto beweisbelasteten Parteien zu verteilen⁶⁰. Die hier vertretene Ansicht möchte damit, wie erwähnt, nicht etwa das Teilbarkeitsprinzip in den Vordergrund stellen. Sie verzichtet vielmehr überhaupt auf den Begriff des qualifizierten Zugeständnisses und macht damit auch die Frage nach der Teilbarkeit bzw. Unteilbarkeit überflüssig. Das Problem des mit Zusätzen behafteten Geständnisses lässt sich m.E. allein mit dem Geständnisbegriff und Art. 8 ZGB lösen. Erfreulicherweise findet sich diese Lösung in einem grossen Teil der schweizerischen Zivilprozessordnung bereits verwirklicht. Sie ist klar, einfach und bereitet dem Richter keine Mühe⁶¹. Das sogenannte qualifizierte Zugeständnis hat in der Prozessrechtslehre

57 Guldener, Beweislast 61; Spillmann 23.

58 Vgl. vorn S. 31 f.

59 Stäuli/Messmer § 134 N 5.

60 Schurter 103; Schmidt 135 ff.; Umar 154.

61 Vgl. Leuch Art. 217.

reichlich Verwirrung gestiftet⁶². Es wäre wünschenswert, wenn jene Prozessgesetze, die es noch kennen⁶³, gelegentlich auf diese überholte, auf das gemeine Prozessrecht zurückgehende gesetzliche Beweisregel verzichten würden⁶⁴.

b) Die Lösungen der schweizerischen Zivilprozessordnungen

Nurmehr St. Gallen⁶⁵ kennt das Unteilbarkeitsprinzip in seiner reinen Form. Unter dem Einfluss des Art. 1356 des französischen Code civil, der noch heute die Unteilbarkeit statuiert, galt es vor allem in der romanischen Schweiz⁶⁶.

Nach den Zivilprozessordnungen der Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Jura und Waadt ist ein Geständnis ebenfalls unteilbar. Werden ihm aber Zusätze beigefügt, die ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel darstellen, ist es teilbar⁶⁷. Schliesslich kennen auch Tessin und Zug die Unteilbarkeit, aber nur dann, wenn eine Tatsache einzig aus dem Geständnis hergeleitet werden soll⁶⁸. Nach den übrigen Prozessordnungen unterliegt es dem freien richterlichen Ermessen, inwieweit ein Geständnis durch beigefügte Zusätze und Einschränkungen zu einer Bestreitung wird⁶⁹. Für Basel-Land, Glarus, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Nidwalden, Obwalden, Solothurn, Schaffhausen, Schwyz, Thurgau, Uri, Wallis und Zürich, die das qualifizierte Zugeständnis alle nicht kennen, ergibt sich das aus dem im letzten Abschnitt Gesagten⁷⁰. Diese Lösung vermag m.E. am meisten zu

62 Schmidt 137, 178.

63 Siehe hinten S. 53 f.

64 In diesem Sinne erfreulich Art. 150 der neuen ZPO von Appenzell A.-Rh.

65 St. Gallen 217 Abs. 3 ZPO; vgl. auch Appenzell A.-Rh. 143 Abs. 3 aZPO.

66 Schurter 96; Schmidt 3, 58; Burckhardt 31 ff.; Neuenburg 1105 aZPO gab bis zur Revision im Jahre 1925 wörtlich den Text des Cc Art. 1356 wider; vgl. Umar 149.

67 Aargau 153 ZPO, Bern 217 ZPO, Freiburg 196 ZPO, Jura 215 ZPO, Waadt 157 ZPO. Ebenso Deutschland 289 Abs. 1 ZPO. Vgl. auch Genf 164 ZPO.

68 Tessin 196 ZPO, Zug 151 ZPO.

69 Bund 36 Abs. 3 ZPO, Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 3 ZPO, Appenzell I.-Rh. 161 Abs. 2 ZPO; Sträuli/Messmer § 134 N 5. Ebenso Oesterreich 266 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Fasching 246 Anm. 6.

Siehe auch die spezielle Regelung von Basel-Stadt 94 ZPO.

70 Vgl. vorn S. 50 ff. Grundsätzlich ist festzuhalten: Je unglaublicher der dem Geständnis einer Partei beigefügte Zusatz ist, desto weniger darf es als unteilbares Ganzes aufgefasst werden; vgl. Guldener 329 Anm. 58.

befriedigen. Durch Verzicht auf den Begriff des qualifizierten Zugeständnisses vermeidet sie auch die Unklarheiten und Ungereimtheiten der Teilbarkeitsprinzipien.

D. WIRKUNGEN DES UNMOEGLICHEN ODER OFFENKUNDIG UNWAHREN ZUGESTAENDNISSES

Ein Zugeständnis, das unmöglich oder offenkundig unwahr ist, ist falsch. Es kann aber auch falsch sein, ohne dass es unmöglich oder offenkundig unwahr wäre, nämlich dann, wenn eine Partei bewusst oder unbewusst eine falsche (unwahre) Tatsache zugesteht, von welcher der Richter aufgrund seiner eigenen Erfahrung nicht wissen kann, ob sie sich verwirklicht hat oder nicht. Inwieweit der Richter an ein solches Zugeständnis gebunden ist, ist eine Frage der prozessrechtlichen Dispositionsbefugnis und wird im nächsten Paragraphen behandelt. Hier gilt es festzustellen, dass der Richter die Wahrheit einer Tatsache, von der er wegen ihrer Unmöglichkeit oder Offenkundigkeit^{70a} aus eigener Erfahrung schon weiss, dass sie sich nicht zugetragen haben kann, nicht zu prüfen braucht⁷¹. An zugestandene Tatsachen, die unmöglich oder offenkundig unwahr sind, ist ein Gericht also nie gebunden⁷².

70a Vgl. vorn S. 23: Gerichtsnotorische Tatsachen sind nicht geständnisfähig.

71 Stein/Jonas § 288 III 1.

72 BGE 74 II 206. Ebenso BGH VersR 1970, 826 ff.

Gl.A. auch die h.M. in Deutschland. Allerdings wird dort von einem Teil der Literatur die Meinung vertreten, offenkundige Tatsachen würden nicht "automatisch" zur Urteilsgrundlage, sondern erst dann, wenn sie von den Parteien in den Prozess eingeführt werden; siehe Würthwein 35 Anm. 2. Siehe aber auch die extremen Ansichten von Grunsky § 20 I, Costede 61 ff., Wolf 57 ff.; Würthwein 158, nach denen auch offenkundige Tatsachen geständnisfähig sind.

§ 5 GRENZEN

A. DIE PARTEIHERRSCHAFT BEI DER AUFKLAERUNG DES SACHVERHALTS

Ob eine Klage begründet ist oder nicht, entscheidet der Richter durch Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter die objektiven Rechtssätze. Um seine Aufgabe - die Rechtsprechung¹ - erfüllen zu können, ist es deshalb für ihn unerlässlich, das Tatsachenmaterial und das anzuwendende Recht zu kennen². Im geltenden Zivilprozess erfolgt die Beschaffung des Tatsachenmaterials nicht von Amtes wegen³. Vielmehr besagt die Verhandlungsmaxime, "dass es Sache der Parteien ist, dem Gericht den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, auf welchen das Gericht die Rechtssätze zur Anwendung bringen soll"⁴. Diese Aufgabenteilung - einerseits Beibringen des Tatsachenmaterials durch die Prozessparteien, andererseits Urteilsfindung mittels Rechtsanwendung durch den Richter - ist dadurch gerechtfertigt, dass die Parteien am besten über den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt orientiert sind und ihn deshalb auch am ehesten in den Prozess einführen können⁵.

"Den Parteien darf die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenmaterials um so eher überbunden werden, als der Zivilprozess im allgemeinen private Rechte und Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hat. Wie ihre Begründung und Aufhebung im allgemeinen der freien Entschliessung der Beteiligten anheimgestellt ist, darf es ihnen im Prozess überlassen werden, die Tatsachen selbst in den Prozess einzuführen, von denen Entstehung und Untergang ihrer Rechtsbeziehungen abhängig sind"⁶. Die Verhandlungsmaxime dient damit der Feststellung des Sachverhalts. Welcher Sachverhalt ist nun aber gemeint? Soll die Verhandlungsmaxime das Mittel sein, um die materielle Wahrheit zu erforschen, oder bietet sie den Prozessparteien die Möglichkeit, jenen Sachverhalt dem Richter darzulegen, den sie dem Urteil

1 Guldener 30.

2 Bottani 23.

3 Zur Oficialmaxime siehe hinten S. 59 f.

4 Guldener 159.

5 Guldener 160.

6 Guldener 161.

zugrundegelegt sehen wollen? Mit dieser Fragestellung befinden wir uns schon mitten im Theoriestreit über Umfang und Inhalt der Verhandlungsmaxime. Ist in dieser Maxime ein Dispositionsrecht über Tatsachen enthalten und wie weit geht dieses allenfalls?^{6a}.

B. GERICHTLICHES ZUGESTAENDNIS UND PARTEILICHE DISPOSITIONSBEFUGNIS UEBER TATSACHEN

Rein faktisch ist es den Parteien möglich, über Tatsachen zu disponieren. Sie allein kennen die wahren Geschehnisse und können deshalb dem Richter ohne weiteres durch Verschweigen oder Zugestehen von Tatsachen einen Sachverhalt schildern, der sich in Wirklichkeit nicht oder anders zugetragen hat. Da dem Richter in der Regel die wahren Zusammenhänge nicht bekannt sind, kann er sich praktisch gegen solche Dispositionen nicht wehren⁷. Wie steht es aber, wenn es dem Willen der Parteien entspricht, dem Urteil "falsche" Tatsachen zugrunde⁸ zulegen⁸, von denen der Richter vermutet, dass sie sich nicht zugetragen haben? Muss er diese unwahren Tatsachen als Urteilsgrundlage beachten, und muss er verschwiegene Tatsachen⁹ für die Urteilsfindung unberücksichtigt lassen? Wie hat er sich zu verhalten, wenn die Parteien übereinstimmende Erklärungen abgeben über Tatsachen, die sich gar nicht in ihrem Wahrnehmungsbereich abgespielt haben¹⁰, und wie geht er vor, wenn eine Partei erklärt, das gegnerische Vorbringen entspreche nicht der Wahrheit, gleichwohl wolle sie dieses aber zugestehen¹¹ und der richterlichen Entscheidung zugrundelegen¹². Dass derartige Wollenserklärungen¹³ nur dort möglich sind, wo ein echtes parteiliches Dispositionsrecht über Tatsachen existiert, ist klar. Vorhin wurde festgestellt, dass eine solche Dispositionsbefugnis rein faktisch be-

6a Dieser Punkt ist vor allem in Deutschland umstritten. In der Schweiz bestehen diesbezüglich keine Probleme; vgl. nachfolgend S. 56 f.

7 Würthwein 24.

8 Dies kommt etwa vor, wenn die Offenbarung der wahren Geschehnisse für die Parteien unehrenhaft oder sonst unangenehme wäre.

9 Der Grund für das Verschweigen von Tatsachen kann darin liegen, dass die Parteien die Rechtsfolgen, die sich daraus ergeben würden, nicht wollen.

10 Dies kann dann angezeigt sein, wenn eine Aufklärung des wahren Sachverhalts unmöglich oder mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden ist.

11 In diesem Sinn wird sich eine Partei aus prozesstaktischen und prozessökonomischen Ueberlegungen etwa dann erklären, wenn sie nicht in der Lage ist, die Unwahrheit des gegnerischen Vorbringens zu beweisen und ihr daraus für die weitere Verfolgung ihres Anspruchs keine Nachteile entstehen (vgl. zu den Beispielen in Anm. 8-11 Würthwein 40 ff).

12 Würthwein 28.

13 Vgl. vorn S. 27.

steht. Das sagt aber nichts aus über die Zulässigkeit von Dispositionen, wie sie in den eben erwähnten Fällen vorkommen¹⁴. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Parteien auch hier disponieren dürfen. Diese Frage ist umstritten¹⁵. Vor allem in Deutschland haben vereinzelt Entscheide des BGH Diskussionen ausgelöst¹⁶. In Doktrin und Rechtsprechung lassen sich drei Lösungen unterscheiden. Der einen Lösung liegt die Auffassung zugrunde¹⁷, dass die Wahrheitspflicht "als oberster Masstab des Prozessgesetzes"¹⁸ zu gelten habe. Danach haben sich die Parteien immer und unter allen Umständen an die Wahrheit zu halten. Ein Dispositionsrecht, das den Richter zwingen könnte, sein Urteil auf unrichtige Tatsachen zu stützen, kann deshalb nicht existieren¹⁹.

Auf der anderen Seite herrscht die Ansicht, dass die prozessuale Dispositionsbeugnis als materiellrechtliche Parallele zur Privatautonomie zu verstehen sei²⁰. Wenn das materielle Recht den Parteien die freie Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen erlaube, dann müsse das entsprechend auch für die Rechtsdurchsetzung im Prozess gelten²¹. Prozesszweck sei nicht die Erlangung eines materiell richtigen Urteils, sondern die Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens zwischen den Parteien zur Lösung eines sozialen Konflikts²². Es müsse daher dem Parteiwillen überlassen bleiben, was Urteilsgrundlage sein soll und was nicht. Solange der Verwirklichung des Parteiwillens keine höherstehenden öffentlichen Interessen entgegenstehen, könne darin nichts Verwerfliches gesehen werden²³.

Beide Lösungen werden in der Literatur mit teils einleuchtenden und stichhaltigen Argumenten begründet²⁴. Allein die Praxis²⁵ ist weder der einen noch der anderen

14 Würthwein 25.

15 Häsemeyer 207.

16 Häsemeyer a.a.O.

17 Bernhardt 9 ff.; Schmidt 107 ff. und 148 ff.; Häsemeyer 222 ff.; Bomsdorf 279; Baumbach/Lauterbach § 138 1D, 2A; weitere zit. bei Würthwein 26 Anm. 13.

18 Bernhardt 32.

19 Würthwein 26.

20 Wolf 59.

21 Grunsky § 1 II, § 20 I; Costede 61 ff; Wolf 57 ff.; Schlosser 8 ff. und 33 ff.; Fasching § 266 Anm. 1 d.

22 Würthwein 158.

23 Würthwein a.a.O.

24 Siehe dazu vor allem die einschlägigen Stellen in der Dissertation von Martin Würthwein.

25 BGE 74 II 206; 85 II 568. Zur Rechtsprechung des BGH siehe BGH LM Nr. 3 zu § 288 ZPO; BGH VersR 1970, 826 ff.; JZ 1963, 258 = NJW 1962, 1395

Lösung gefolgt, sondern hat den m.E. richtigen Mittelweg eingeschlagen. Auch die Vertreter der Mittellösung anerkennen grundsätzlich ein parteiliches Dispositionsrecht über Tatsachen²⁶ und stimmen insofern mit der vorhin an zweiter Stelle erwähnten Lösung überein. Da die Verhandlungsmaxime den Parteien eine gewisse Eigenverantwortlichkeit bei der Beschaffung des Tatsachenmaterials einräumt, kann oder muss auch hingenommen werden, dass der Richter unter Umständen eine Tatsache seinem Urteil zugrunde legt, von deren Vorhandensein er nicht überzeugt ist²⁷. Die Verhandlungsmaxime dient zwar der Wahrheitsforschung, aber sie verfolgt nicht die Erforschung der materiellen Wahrheit als oberstes Prinzip. Auch die konsequente Einführung der Officialmaxime in den Zivilprozess könnte Parteidispositionen über Tatsachen nicht grundsätzlich ausschliessen²⁸. Somit erscheint diese Dispositionsbefugnis als Ausfluss der Verhandlungsmaxime²⁹. Die Mittellösung erblickt deshalb ihre Grenzen dort, wo diese Maxime eingeschränkt ist³⁰. Solche Schranken lassen jedoch die Vertreter einer weiten Dispositionsbefugnis nicht gelten. So kann nach deren Auffassung die Dispositionsbefugnis der Parteien im Prozess weiter gehen als sie ihnen nach materiellem Recht zustünde. Danach wäre in extremis auch ein durch zwingende Vorschriften des materiellen Rechts oder des öffentlichen Rechts oder Strafrechts verbotenes Geständnis wirksam³¹. Dasselbe wird teilweise auch angenommen für offensichtlich nicht der Wahrheit entsprechende oder wegen ihrer Offenkundigkeit nicht beweisbedürftige Tatsachen³². Eine dermassen weit gehende parteiliche Dispositionsbefugnis ist m.E. nicht mehr vereinbar mit der Aufgabe des Prozesses, nebst Herstellung des Rechtsfriedens, das subjektive Recht zu verwirklichen und das objektive Recht zu bewahren³³. Ein parteiliches Dispositionsrecht über Tatsachen kann deshalb nur dem Grundsatz nach anerkannt werden, niemals darf ein solches aber praktisch uneingeschränkt existieren.

26 Guldener 161 und 164 Anm. 11; Baumgärtel 165; Blomeyer § 68 IV; Rosenberg/Schwab § 117 I 1 d; Stein/Jonas § 288 III.

27 Guldener 161; Blomeyer a.a.O.

28 Guldener 169; Baur 44; vgl. hinten S. 59 f.

29 Die Wirkungen des gerichtlichen Zugeständnisses wurden auch schon der Eventualmaxime zugerechnet; vgl. Häsemeyer 224.

30 Vgl. vorn Anm. 26.

31 Fasching 266 Anm. 1 d.

32 Grunsky § 20 I.

33 Guldener 50; Baumgärtel 136. Von den Befürwortern einer weiten Dispositionsfreiheit wird allerdings die Lösung des sozialen Konflikts, der Rechtsfriede, als Ziel des Prozesses in den Vordergrund geschoben; vgl. Würthwein 48 ff.

Es wurde bereits festgestellt, dass der Richter an zugestandene unmögliche oder offenkundig unwahre Tatsachen nicht gebunden ist³⁴. Im folgenden Abschnitt sollen weitere mögliche Schranken aufgezeigt werden, die der Dispositionsbefugnis über Tatsachen entgegenstehen können.

C. SCHRANKEN

I. Die Oficialmaxime

Im Gegensatz zur Verhandlungsmaxime, welche die Sammlung des Prozesstoffes den Parteien überlässt³⁵, hat der Richter nach dem Grundsatz der Oficialmaxime (Untersuchungsmaxime) den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Danach darf ein Gericht seinem Entscheid nur solche Tatsachen zugrundelegen, von deren Vorhandensein es sich überzeugt hat³⁶.

Die Oficialmaxime kommt dort zur Anwendung, wo Rechtsverhältnisse in Frage stehen, die vom Privatrecht der freien Verfügungsgewalt der Parteien entzogen sind³⁷. Sie gilt deshalb in Ehenichtigkeits-, Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozessen, Statussachen, Prozessen über Entmündigung und Entzug der elterlichen Gewalt, in besonderen Prozessen juristischer Personen, in Prozessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer³⁸ und anderen Prozessen³⁹.

Die Oficialmaxime verbietet dem Richter das Abstellen auf Zugeständnisse der Prozessparteien⁴⁰, deren Wahrheit er nicht überprüft hat⁴¹. Insofern ist hier den

34 Vorn S. 54 und hinten Anm. 58.

35 Vorn S. 55 f.

36 Guldener 168.

37 Walder, Oficialmaxime 8.

38 Bis zum Streitwert von Fr. 5'000.--; Art 343 Abs. 4 OR.

39 Walder, Oficialmaxime 9 ff.; Guldener 170 ff. Die Feststellung der Tatsachen, welche Prozessvoraussetzung bilden, untersteht in allen Prozessen der Oficialmaxime, da die Parteien über Prozessvoraussetzungen und die Ordnungsmässigkeit von Prozesshandlungen nicht frei verfügen können; vgl. Guldener 170 Anm. 6; BGE 96 I 339.

40 Zugeständnisse, die in einem von der Oficialmaxime beherrschten Prozess erfolgen, haben den Charakter eines Indizes; vgl. Guldener 328.

41 Das gilt auch nach Glarus 165 ZPO, Tessin 193 Abs. 2 ZPO, Wallis 181 ZPO, obwohl diese dem Richter durch gesetzliche Beweisregel vorschreiben, dass zugestandene Tatsachen als bewiesen zu betrachten sind. Solche gesetzlichen Beweisregeln finden im Bereich der Oficialmaxime keine Anwendung. So ausdrücklich in Art. 158 Ziff. 2 und Ziff. 4 ZGB; vgl. Guldener 168 Anm. 2. Siehe auch Graubünden 180 Abs. 3 ZPO.

Parteien also eine Disposition über Tatsachen, wie es unter der Verhandlungsmaxime möglich ist, verwehrt. Allerdings vermag auch die Officialmaxime eine faktische Dispositionsmöglichkeit nicht zu beseitigen. Da es auch unter dieser Maxime Sache der Parteien ist, das in Betracht kommende Tatsachenmaterial dem Gericht darzulegen und die Beweismittel zu nennen⁴², kann nicht ausgeschlossen werden, dass es den Parteien im gemeinsamen Einverständnis gelingt, das Gericht über den wahren Sachverhalt zu täuschen⁴³. So können sich z.B. im Ehescheidungsprozess die Parteien auf lediglich einen Scheidungsgrund berufen, obwohl vielleicht noch ein zweiter gegeben wäre. Dagegen können sie nicht über den Scheidungsgrund verfügen, indem dessen Verwirklichung zugestanden wird⁴⁴. Ob ein Scheidungsgrund tatsächlich gegeben ist, hat der Richter eben von Amtes wegen abzuklären⁴⁵. Allerdings wird allgemein die Beweiserhebung über Zugeständnisse dann nicht verlangt, wenn sie nach richterlicher Ueberzeugung glaubwürdig sind⁴⁶. Ebenso braucht der Richter über die Einhaltung zwingender Formvorschriften bei einem Rechtsgeschäft keinen Beweis zu verlangen, solange diese unbestritten ist⁴⁷. Es wird später noch näher darauf einzugehen sein, inwieweit sich das gerichtliche Zugeständnis mit zwingenden Vorschriften des materiellen Rechts verträgt⁴⁸.

II. Die Wahrheitspflicht

Der Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁹, der auch im Zivilprozess seine Geltung hat⁵⁰, verbietet den Parteien das bewusste Behaupten unwahrer und das wissentliche Bestreiten wahrer Tatsachen. Die Prozessparteien sind verpflichtet, den

42 BGE 68 II 140.

43 Guldener 169.

44 AGV 1965 S. 13.

45 Guldener a.a.O.

46 Guldener 168; ZR 54 Nr. 10 S. 42; BGE 84 II 599; 80 II 297.

47 Guldener 172 Anm. 16; BGE 85 II 568.

48 Siehe hinten S. 64 f.

49 Art. 2 ZGB.

50 Guldener, Treu und Glauben im Zivilprozess 389 ff.

Bund 31 OG, Appenzell A.-Rh. 98 ZPO, Appenzell I.-Rh. 311 ZPO, Basel-Land 79 ZPO, Bern 42 ZPO, Freiburg 9 ZPO, Genf 485 ff. ZPO, Glarus 143 ZPO, Graubünden 8 ZPO, Jura 41 ZPO, Luzern 32 ZPO, Neuenburg 72 ZPO, Nidwalden 61 OG, Obwalden 27 ZPO, Solothurn 30 ZPO, Schaffhausen 136 ZPO, Schwyz 46 ZPO, St. Gallen 194 ff. ZPO, Thurgau 109 ff. ZPO, Tessin 68, 69 ZPO, Wallis 35 ZPO, Waadt 10 ZPO, Zug 59 ZPO, Zürich 50 ZPO.

Sachverhalt wahrheitsgetreu darzulegen. Auf diese sogenannte Wahrheitspflicht stützen die Gegner der Verfügungsmöglichkeit über Tatsachen ihre Ansicht. Nach ihnen ist nur die materielle Wahrheit als Urteilsgrundlage tauglich. Davor haben allfällige, andersgerichtete Parteiinteressen zurückzuweichen. Zugeständnisse, die bewusst von der Wahrheit abweichen, sind deshalb unzulässig⁵¹.

Unbestritten ist, dass Parteien nicht zu ihren Gunsten unwahre Tatsachenbehauptungen im Prozess aufstellen dürfen. Ebenso ist es verpönt, gegnerische Behauptungen zu bestreiten, obwohl deren Richtigkeit bekannt ist^{51a}. Allgemein wird aber die Wahrheitspflicht nicht so verstanden, dass sie auch für Tatsachendispositionen gilt, die auf dem Willen beider Parteien beruhen^{51b}. So wie es möglich ist, unwahre Tatsachen zum eigenen Nachteil aufzustellen, können gegnerische, dem Gestehenden ungünstige Behauptungen⁵² zugestanden werden, obwohl die gestehende Partei weiss, dass sich die behauptete Tatsache in Wahrheit anders verhält⁵³. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Zwar werden gegen die Einräumung solcher Dispositionsbefugnisse da und dort Bedenken laut⁵⁴. So wird etwa befürchtet, die Parteien könnten durch eine so weit gefasste Prozessfreiheit Schaden erleiden, weil sie oftmals die Tragweite ihrer Dispositionen nicht zu erkennen vermöchten. Die Gefahr unvernünftigen Handelns⁵⁵ ist m.E. aber stark gebannt durch die Parteiinteressen, die ja letztlich auf das Obsiegen im Prozess gerichtet sind. So lässt sich kaum vorstellen, dass eine Partei unwahre, ihr ungünstige Tatsachen zugesteht, wenn sie dabei Gefahr läuft, ihre Position wesentlich zu verschlechtern. Vielmehr erfolgen unwahre Geständnisse⁵⁶ in der Praxis dort, wo eine Partei aus prozess-taktischen oder prozessökonomischen Gründen auf ein Bestreiten verzichtet, weil sie ohnehin noch Mittel in den Händen hat, den Prozess zu gewinnen. Dann gilt es

51 Vgl. vorn S. 57.

51a Guldener 189.

51b D.h. Parteien können vor Gericht übereinstimmend unrichtige Tatsachen schildern. Sofern ihre Unrichtigkeit nicht offenkundig ist, muss sie das Gericht berücksichtigen; vgl. Guldener 189 und hinten S. 62.

52 Es sind nur Tatsachenbehauptungen geständnisfähig, die dem Gestehenden ungünstig sind; siehe vorn S. 28 f.

53 Guldener 189; derselbe, Treu und Glauben 394; Hug 9; Stein/Jonas § 288 III; Rosenberg/Schwab § 117 I; Blomeyer § 30 VII; Grunsky § 19 V.

54 Siehe die bei Würthwein 54 angeführten Autoren.

55 Diese Gefahr besteht m.E. sowieso nur dort, wo sich die Parteien nicht durch eine rechtskundige Person vertreten lassen.

56 Die Abgabe unwahrer Geständnisse ist der Ausnahmefall. Erfahrungsgemäss werden nämlich ungünstige Tatsachen nur zugestanden, wenn sie wahr sind; vgl. Guldener, Beweislast 10.

auch zu berücksichtigen, dass die Parteien bei der Darlegung des Prozesstoffes nicht allein sind, sondern dass ein erfahrener Richter beteiligt ist, dessen Fragepflicht unter Umständen die rechtsunkundige Partei vor folgeschweren Dispositionen zu bewahren vermag⁵⁷.

So gesehen erscheint die Wahrheitspflicht nicht als Schranke des Zugeständnisses. Auch unwahre Tatsachen können mit verbindlicher Wirkung für den Richter zugestanden werden. Die Grenzen solcher Dispositionen werden aber dort erreicht, wo die Unwahrheit oder gar Unmöglichkeit einer zugestandenen Tatsache für den Richter offenkundig ist. Da er über solche notorischen Tatsachen keinen Beweis abzunehmen braucht, kann ihm auch nicht zugemutet werden, wider besseres Wissen entscheiden zu müssen⁵⁸.

III. Fragepflicht und Beweiserhebung von Amtes wegen im Bereich der Verhandlungsmaxime

Der Grundsatz der Verhandlungsmaxime besagt nicht nur, dass es Aufgabe der Parteien ist, die für die Beurteilung des Streites erheblichen Tatsachen dem Richter darzulegen. Sie verlangt auch, dass die Parteien ihre Begehren und Behauptungen vollständig, substantiiert, vorzubringen haben⁵⁹. Wo die Ausführungen der Parteien unvollständig bleiben, darf der Richter aber nicht ohne weiteres eine Klage mangels genügender Substanziierung abweisen oder mangels eindeutiger Bestreitung eine Tatsachenbehauptung als wahr anerkennen.

Die Fragepflicht⁶⁰ ist das Instrument, womit der Richter die Folgen mangelhafter Substanziierung zu mildern vermag. Sie greift dort ein, wo die Rechtsbegehren, die Darstellung des Streitverhältnisses und die Bezeichnung der Beweismittel unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben sind⁶¹. In diesen Fällen ist der Richter

57 Siehe hinten S. 63.

58 Vgl. vorn S. 23 und S. 54; Gerichtsnotorische Tatsachen sind nicht geständnisfähig und können deshalb auch niemals Geständniswirkung entfalten.

59 Guldener 168.

60 Zum Inhalt und Umfang der richterlichen Fragepflicht siehe Fischli 81 ff. Bund 3 BZPO, Aargau 117 ZPO, Appenzell A.-Rh. 105 ZPO, Appenzell I.-Rh 115 ZPO, Basel-Land 97 ZPO, Basel-Stadt 88 ZPO, Bern 89 ZPO, Freiburg 167 ZPO, Jura 88 ZPO, Luzern 121 bis ZPO, Neuenburg 69 ZPO, Nidwalden 52 ZPO, Solothurn 58 ZPO, Schaffhausen 174 ZPO, Schwyz 51 ZPO, St. Gallen 295 ZPO, Thurgau 119 ZPO, Tessin 178 ZPO, Uri 107 ZPO, Wallis 77, 166 ZPO, Waadt 265 ZPO, Zug 53 ZPO, Zürich 55 ZPO.

61 BGE 82 II 178; ZR 62 Nr. 46 Erw. 4.

verpflichtet, durch gezielte Fragen die betreffende Partei auf ihre ungenügende Substanziierung aufmerksam zu machen und ihr Gelegenheit zu geben, diesen Mangel zu beheben⁶². Entgegen dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime, ermöglicht damit die Fragepflicht dem Richter ein Mitwirken bei der Beschaffung des Prozesstoffes und schränkt diesbezüglich diese Maxime ein⁶³. Damit stellt sich die Frage, ob nicht die richterliche Fragepflicht auch dem parteilichen Dispositionsrecht über Tatsachen entgegensteht. Dies ist zu verneinen. Die richterliche Fragepflicht dient nicht primär der Erforschung der materiellen Wahrheit⁶⁴. Sie gebietet dem Richter, der zwar immer um ein materiell richtiges Urteil bemüht sein wird, lediglich dort fragend einzugreifen, wo die Ausführungen der Parteien unklar bleiben. So hat er, bezogen auf dieses Dissertationsthema, von seinem Fragerecht⁶⁵ Gebrauch zu machen um abzuklären, ob eine Partei tatsächlich "zugestanden" oder bloss "nicht bestritten" hat. Ein Unterschied, der sich je nach Zivilprozessordnung auf die Widerrufsmöglichkeiten verschieden auswirken kann⁶⁶. Ebenso hat er m.E. zu fragen, wenn er annehmen muss, die zugestehende Partei sei sich infolge ungenauer Sachkenntnis über die negativen Folgen ihres Handelns nicht im klaren. Nicht aber hat er die Parteien von solchen Dispositionen abzuhalten⁶⁷ oder bei Zweifeln weiter abzuklären, ob sich der übereinstimmend geschilderte Sachverhalt tatsächlich so zugetragen hat. In diesem Sinne hat der Richter im Zusammenwirken mit den Parteien zu Beschaffung der Urteilsgrundlagen beizutragen⁶⁸. Dass er dabei seine neutrale Stellung zu wahren hat und sich nicht zum Anwalt der einen Partei machen darf⁶⁹, ist ebenso klar wie die Tatsache, dass der Richter durch die Fragepflicht nicht gezwungen ist, anstelle der bequemen Partei das Prozessmaterial zusammenzusuchen oder mangelhafte Substanziierung zu beheben⁷⁰.

Gleich wie die Fragepflicht steht grundsätzlich die Befugnis des Richters, von Amtes wegen Beweise zu erheben, der parteilichen Dispositionsbefugnis über Tat-

62 Tut er dies nicht, liegt unter Umständen eine Gehörsverweigerung vor.

63 Sträuli/Messmer § 54 N 3.

64 Vgl. vorn S. 56 ff.

65 Dieses muss logischerweise in der Fragepflicht enthalten sein; vgl. Fischli 90 f.

66 Vgl. vorn S. 46 ff.

67 Würthwin 56.

68 Die Fragepflicht hat dort eine geringere Bedeutung, wo sich die Parteien rechtskundig vertreten lassen; vgl. Walder, Zivilprozess 194.

69 Fischli 94.

70 ZR 1956 Nr. 148 Erw. 4; ZR 1957 Nr. 114 Erw. 7.

sachen nicht entgegen. Mehrere Prozesgesetze⁷¹ räumen dem Richter im Rahmen seiner materiellen richterlichen Prozessleitung unter besonderen sachlichen Umständen⁷² diese Befugnis ein, sofern dadurch die Feststellung des wirklichen Sachverhalts gefördert werden kann⁷³. So ist es dem Richter ausnahmsweise möglich, auch im Bereich der Verhandlungsmaxime von Amtes wegen Beweis über unbestrittene Tatsachen zu erheben⁷⁴. Da von dieser Möglichkeit aber nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden darf, sind der materiellen richterlichen Prozessleitung erhebliche Grenzen gesetzt⁷⁵. Sie kommt vor allem dort zum Tragen, wo der Richter zwingenden Normen des materiellen Rechts zum Durchbruch verhelfen will. Aber auch hier gilt, wie bei Geltung der Officialmaxime, dass die Beweisabnahme von Amtes wegen nicht schon dann erfolgen darf, wenn zwingendes Recht in Frage steht, sondern erst wenn dessen Verletzung für den Richter aus den Akten oder Aeusserungen der Parteien ersichtlich ist⁷⁶ und damit der Wille der Parteien, über zwingendes Recht zu disponieren, erkennbar wird.

IV. Zwingende Vorschriften des materiellen Rechts

Grundsätzlich sind nur Tatsachen geständnisfähig. Es wurde aber bereits erwähnt, dass auch das Zugestehen von präjudiziellen Rechtsverhältnissen allgemein als zulässig betrachtet wird⁷⁷. So können die Parteien mittels Zugeständnissen den Richter bezüglich eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses an ihre Rechtsauffassung binden. Gegen solche Dispositionen im Prozess ist m.E. im Bereich

71 Bund 37 ZPO, Aargau 203, 217 ZPO, Appenzell A.-Rh. 183, 186 ZPO, Appenzell L.-Rh. 194, 199 ZPO, Basel-Land 146, 149 ZPO, Basel-Stadt 149 ZPO, Bern 197, 214 ZPO, Freiburg 200 ZPO, Genf 171 ZPO, Glarus 202 ZPO, Graubünden 213, 220 ZPO, Jura 195, 212 ZPO, Luzern 181, 185 ZPO, Neuenburg 69 ZPO, Nidwalden 52 ZPO, Obwalden 139 ZPO, Schaffhausen 216, 219 ZPO, Schwyz 118 ZPO, St. Gallen 179 ZPO, Thurgau 242, 247 ZPO, Uri 198 f. ZPO, Wallis 171 ZPO, Waadt 5 ZPO, Zug 53 ZPO, Zürich 142 ZPO.

72 Sträuli/Messmer § 143 N 3.

73 Guldener 164 f.

74 Sträuli/Messmer § 54 N 5.

75 Walder 228.

76 Guldener 172; Kummer, Kommentar N 18; Sträuli/Messmer § 54 N 4; BGE 85 II 568; ZSR 80 II 46.

77 Siehe vorn S. 24 f.

dispositiven Rechts nichts einzuwenden, steht doch den Parteien auch nach materiellem Recht die Herrschaft über das Rechtsverhältnis zu⁷⁸. Problematisch wird es aber, wenn zwingendes materielles Recht in Frage steht. So hat ein Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes von 1968⁷⁹ in Deutschland bei den Befürwortern einer weiten Dispositionsfreiheit heftige Kritik ausgelöst⁸⁰. Der BGH entschied damals auf Formnichtigkeit eines nur schriftlich geschlossenen "Kaufanwartschaftsvertrages" über ein Grundstück, obwohl beide Parteien den Vertrag als gültig ansahen und den Streit lediglich auf die Kündigung des Vertrages beschränken wollten⁸¹. Die Kritiker dieser Entscheidung dagegen schliessen aus dem Vorhandensein von prozessualem Geständnis und Anerkenntnis auf eine Dispositionsbefugnis, die Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse generell erlaubt⁸², sofern diese nicht Schranken der Privatautonomie aus öffentlichem Interesse missachten oder gegen die Grundsätze des ordre public verstossen⁸³. Diese Ansicht wurde bereits an früherer Stelle als zu extrem abgelehnt⁸⁴. Im Sinne der dort befürworteten Mittellösung lässt sich grundsätzlich gegen die Disposition über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Bereich dispositiven Rechts nichts einwenden. Wo aber materielles zwingendes Recht in Frage steht, ist die parteiliche Dispositionsbefugnis eingeschränkt. So kann das Gericht verlangen, dass die Tatsachen dargetan werden, aus denen sich der Bestand eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses ergeben soll, wenn dessen Bestand von der Einhaltung zwingender Formvorschriften abhängt, und die Parteien von deren Wahrung nichts haben verlauten lassen⁸⁵.

78 Guldener 161; Wolf 63; Schlosser 33 ff., 96 ff.; Baumgärtel 135. A.M. Guldener 164 Anm. 11; Häsemeyer 228.

79 MDR 1969 S. 468.

80 Schlosser a.a.O.; Wolf a.a.O.; Grunsky 68 f., 76; Würthwein 118.

81 Vgl. vorn S. 25 Anm. 31.

82 Vorn Anm. 80; Fasching 242 Anm. I d.

83 Baur 9 f.

84 Vgl. vorn 58 f.

85 Guldener 164.

II. KAPITEL: DAS AUSSERGERICHTLICHE ZUGESTÄNDNIS

§ 6 WESEN

Das aussergerichtliche Zugeständnis ist ein Zugeständnis, das eine oder mehrere der im vorangehenden Kapitel beschriebenen Voraussetzungen des gerichtlichen Zugeständnisses¹ nicht erfüllt. So sind Zugeständnisse, die von einer prozess- oder postulationsunfähigen Partei² erklärt werden, als aussergerichtlich zu betrachten. Das gleiche gilt für Zugeständnisse, die ausserhalb des laufenden Rechtsstreits, in anderen Verfahren oder vor anderen Gerichten abgegeben wurden³.

Der Unterschied zwischen gerichtlichem und aussergerichtlichem Zugeständnis ist offensichtlich. Das gerichtliche Geständnis ist eine im laufenden Prozess abgegebene Parteierklärung und stellt somit eine Prozesshandlung dar⁴. Das aussergerichtliche Geständnis dagegen wird erst durch die Behauptung des Gegners in den Prozess eingeführt, um die Richtigkeit der aussergerichtlich zugestandenen Tatsache zu beweisen⁵. Das aussergerichtliche Zugeständnis ist damit Beweisthema. Derjenige, der sich im Prozess darauf beruft, muss es im Bestreitungsfall beweisen.

1 Vorn S. 30 ff.

2 Vorn S. 41.

3 Vorn S. 30. Weitere Beispiele siehe vorn S. 40 ff. und S. 59 Anm. 40.

4 Vorn S. 27.

5 Fasching 248.

§ 7 WIRKUNGEN

Im Gegensatz zum gerichtlichen Zugeständnis¹ muss, wie eben erwähnt, eine aussergerichtlich zugestandene Tatsache ebenfalls bewiesen werden². Da erfahrungsgemäss ungünstige Tatsachen nur zugestanden werden, wenn sich der Gestehende von ihrem Vorhandensein überzeugt hat, kann angenommen werden, dass sich die zugestandenen Tatsachen verwirklicht haben³. Das aussergerichtliche Zugeständnis ist deshalb ein Beweis, und zwar ein Indiz für die Richtigkeit der zugestandenen Tatsache⁴. Seine Beweiskraft hängt ab von den Umständen des Falles und wird um so grösser sein, je mehr sich der Erklärende der Bedeutung seines Geständnisses bewusst war. Ein in einer öffentlichen Urkunde erklärtes Geständnis darf deshalb als bewiesen betrachtet werden⁵. Im übrigen würdigt der Richter die Beweiskraft eines aussergerichtlichen Geständnisses nach freiem Ermessen⁶. Selbstverständlich ist jederzeit der Gegenbeweis zulässig.

1 Vorn S. 43 ff.

2 Die Trennung zwischen dem bloss beweisenden, aussergerichtlichen und dem beweis ausschliessenden, gerichtlichen Geständnis wurde erstmal von Planck vorgenommen; vgl. J.W. Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses Bd. 1 (1887) S. 316-358, zit. bei Bülow 1 Anm. 2.

3 Guldener 319; Rosenberg/Schwab § 117 I 1 h.

4 Guldener a.a.O.; Kummer, Kommentar N 64; Leuch Art. 215 N 3; Keller/Pfisterer § 151 N 2; Blomeyer § 68 II; Rosenberg/Schwab a.a.O.; Stein/Jonas § 290 II; Fasching 248; BGE 55 II 214; SJ 1947 p. 124, 1949 p. 357; SJZ 16 (1919/20) S. 323, 5 (1908/09) S. 32.

5 Keller/Pfisterer § 151 N 1; Rosenberg/Schwab a.a.O.

6 So ausdrücklich: Bund 36 Abs. 4 ZPO, Aargau 151 Abs. 2 ZPO, Appenzell A.-Rh. 150 Abs. 2 ZPO, Appenzell I.-Rh. 161 Abs. 1 ZPO, Freiburg 197 ZPO, Genf 162 ZPO, Glarus 166 ZPO, Neuenburg 210 Abs. 5 ZPO, St. Gallen 217 Abs. 2 ZPO, Waadt 169 ZPO, Zug 151 Abs. 4 ZPO.

III. KAPITEL: RECHTSVERGLEICHUNG

§ 8 DAS ZUGESTAENDNIS IM DEUTSCHEN UND OESTERREICHISCHEN ZIVIL- PROZESSRECHT

A. DAS ZUGESTAENDNIS IM DEUTSCHEN ZIVILPROZESSRECHT

In Deutschland finden sich die entsprechenden Bestimmungen in den Paragraphen 288 - 290 der Zivilprozessordnung. Paragraph 288 steht unter dem Marginale "Gerichtliches Geständnis" und lautet folgendermassen:

§ 288

"Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreites von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich."

In den Wirkungen den gerichtlichen Geständnissen gleichgestellt werden die nicht-bestrittenen Tatsachen. Dies ergibt sich aus Paragraph 138 Abs. 3 der deutschen Zivilprozessordnung:

§ 138 Abs. 3

"Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht."

Obwohl § 138 Abs. 3 auf die Geständnisvorschriften verweist, ist die Bestimmung von § 290 über den Widerruf nicht auf das Nichtbestreiten anwendbar¹. Die Bestim-

1 Thomas/Putzo § 138 III.2. und § 290 1.

mung von § 138 Abs. 3 ist damit überflüssig. Die Folge, dass Nichtbestrittenes keines Beweises bedarf, ergibt sich nämlich bereits aus § 282 Abs. 1, wonach die Parteien nur die rechtserheblichen bestrittenen Tatsachen zu beweisen brauchen. Da die meisten schweizerischen Prozessgesetze in Anlehnung an das deutsche Prozessrecht geschaffen wurden², verwundert es nicht, dass diese Doppelspurigkeit auch in schweizerischen Prozessrechten vereinzelt noch anzutreffen ist³.

§ 289 spricht sich unter dem Marginale "Zusätze beim Geständnis" für den Grundsatz der Teilbarkeit⁴ des qualifizierten Geständnisses aus:

§ 289

"Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass ihm eine Behauptung hinzugefügt wird, die ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles."

Nach § 290 der deutschen Zivilprozessordnung ist, wie teilweise auch nach schweizerischem Prozessrecht⁵, eine Partei an ihr einmal erklärtes Geständnis gebunden:

2 Vorn S. 20.

3 So ist nicht einzusehen, wieso z.B. Appenzell I.-Rh. und Glarus, die beide für den Geständniswiderruf keine spezielle Vorschrift aufgestellt haben, das gerichtliche Zugeständnis überhaupt noch erwähnen. Die alleinige Geständnisfolge, dass zugestandene Tatsachen nicht beweisbedürftig sind (Appenzell I.-Rh. 160 ZPO, Glarus 165 ZPO), ergibt sich für diese Gesetze nämlich e contrario schon daraus, dass sie vorschreiben, es sei lediglich über bestrittene Tatsachen Beweis zu führen (Appenzell I.-Rh. 159 Abs. 1 ZPO, Glarus 160 ZPO).

4 Vgl. vorn S. 50 ff. Der analoge Grundsatz findet sich auch in einem Teil der schweizerischen Prozessordnungen verwirklicht; vgl. vorn S. 53 f.

5 Vorn S. 47 ff.

§ 290

"Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluss, wenn die widerrufende Partei beweist, dass das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlasst sei. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit."

Ein Geständniswiderruf ist also nur möglich, wenn die widerrufende Partei den doppelten Nachweis erbringt, dass die zugestandene Tatsache unwahr ist, und dass das Geständnis durch Irrtum über die Wahrheit der Tatsache veranlasst wurde. Die Bindungswirkung des gerichtlichen Geständnisses für die gestehende Partei ist damit stärker als in der Schweiz. Nur Aargau 154 ZPO verlangt ebenfalls den doppelten Nachweis der Unwahrheit und des Irrtums⁶.

B. DAS ZUGESTAENDNIS IM OESTERREICHISCHEN ZIVILPROZESSRECHT

Massgebend sind die Bestimmungen der Paragraphen 266 und 267 der oesterreichischen Zivilprozessordnung, die folgendermassen lauten:

§ 266

"Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie vom Gegner in einem vorbereiteten Schriftsatze, im Laufe des Rechtsstreites bei einer mündlichen Verhandlung oder im Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters ausdrücklich zugestanden werden. Zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Tatsachengeständnisses ist dessen Annahme seitens des Gegners nicht erforderlich.

Inwiefern ein solches Geständnis durch denselben von der Partei beigefügte Zusätze und Einschränkungen aufgehoben oder in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt wird, und welchen Einfluss ein Widerruf

6 Vgl. vorn a.a.O.

auf die Wirksamkeit des Geständnisses hat, ist vom Gericht nach seinem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurteilen.

In gleicher Weise hat das Gericht zu beurteilen, inwiefern zufolge eines aussergerichtlichen Geständnisses die Notwendigkeit des Beweises entfalle."

§ 267

"Ob tatsächliche Behauptungen einer Partei mangels eines ausdrücklichen Geständnisses des Gegners als zugestanden anzusehen seien, hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung des gesamten Inhalts des gegnerischen Vorbringens zu beurteilen.

In gleicher Weise hat das Gericht insbesondere auch zu beurteilen, ob die Erklärung mit Nichtwissen oder Nichterinnern als eine die Annahme eines Zugeständnisses in sich schliessende Erklärung anzusehen sei."

Im Gegensatz zum deutschen und teilweise auch zum schweizerischen Prozessrecht ist die Regelung des gerichtlichen Zugeständnisses nach oesterreichischem Prozessrecht dadurch gekennzeichnet, dass der Richter in der Beurteilung und Würdigung des Geständnisses weitgehend frei ist. So liegt es in seinem Ermessen, ob er an ein blosses Nichtbestreiten die Geständniswirkung knüpfen will oder nicht⁷. Ebenso ist es ihm überlassen, inwieweit ein mit Zusätzen versehenes Geständnis und ein Widerruf als wirksam zu betrachten sind⁸.

Im oesterreichischen Prozessrecht ist damit die in dieser Dissertation vertretene Auffassung, wonach der Richter bei der Beurteilung des gerichtlichen Geständnisses nicht durch formale Vorschriften eingeschränkt werden sollte, verwirklicht. Allein die m.E. beste Lösung, nämlich Verzicht auf jegliche Geständnisbestimmung, findet sich nur in einem Teil der schweizerischen Prozessrechte.

7 Oesterreich 267 Abs. 1 ZPO.

8 Oesterreich 266 Abs. 2 ZPO.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Das gerichtliche Zugeständnis ist Prozesshandlung. Es enthält die Erklärung, dass sich eine vom Gegner behauptete Tatsache in der von ihm behaupteten Form ereignet habe. Das Zugeständnis unterscheidet sich damit von der Klageanerkennung, welche die Einräumung des vom Gegner geltend gemachten Rechtsanspruchs bedeutet¹. Das Zugestehen von Rechtsbegriffen des täglichen Lebens, von präjudiziellen Rechten und Rechtsverhältnissen ist möglich. Ebenso sind Erfahrungssätze und Rechtssätze geständnisfähig, sofern die einzelnen Prozessgesetze deren Feststellung unter gewissen Umständen nicht zwingend vorschreiben².
2. Die Geständniswirkungen treten nur beim ausdrücklich erklärten Zugeständnis ein. Blosses Nichtbestreiten schliesst zwar auch den Beweis aus, ein nachträgliches Bestreiten ist aber - im Gegensatz zum Geständniswiderruf - unbeschränkt zulässig³.
Es ist unrichtig, dem Richter vorzuschreiben, wann er eine Tatsachenbehauptung als zugestanden anzunehmen habe, weil sich nicht generell sagen lässt, dass nicht ausdrücklich Bestrittenes als zugestanden und nicht ausdrücklich Zugestandenes als bestritten gilt. Ob mangels eines ausdrücklichen Geständnisses die einer Partei ungünstige Tatsache als unbestritten anzusehen sei, soll der Richter unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Vorbringens und des Verhaltens der Partei im Prozess beurteilen⁴.
3. Nach sämtlichen schweizerischen Prozessrechten bedarf eine zugestandene Tatsache keines Beweises. Diese Wirkung wird auf verschiedene Weise herbeigeführt. Bei den Zivilprozessordnungen, die das Geständnis nicht ausdrücklich erwähnen, ergibt sich das e contrario aus der Bestimmung über den Beweisgegenstand, wonach Beweis nur über erhebliche streitige Tatsachen zu erheben

1 Vorn S. 22.

2 Vorn S. 25 ff.

3 Vorn S. 33.

4 Vorn S. 33.

ist. Da zugestandene Tatsachen nicht streitig sind, erübrigt sich auch deren Beweis. Andere Prozessgesetze bestimmen ausdrücklich, dass ein gerichtliches Geständnis den Beweis überflüssig mache, oder sie schreiben vor, eine zugestandene Tatsache sei als bewiesen oder als wahr zu betrachten und stellen damit das Zugeständnis den Beweismitteln gleich. Das gerichtliche Zugeständnis ist jedoch kein Beweismittel. Seine Wirkungen gehen weiter. Es unterliegt nicht der freien richterlichen Beweiswürdigung, sondern es schliesst den Beweis aus. Soweit zugestandene Tatsachen rechtserheblich sind, ist der Richter daran gebunden. Er muss sie grundsätzlich ohne jede weitere Prüfung dem Urteil zugrundelegen⁵. Mehrere Prozessgesetze binden auch die Partei an ihr erklärtes Zugeständnis, indem sie dessen Widerruf nur beschränkt zulassen⁶.

Die Prinzipien der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit zur Beurteilung der Wirkungen des qualifizierten Zugeständnisses vermögen nicht zu befriedigen. Jene Prozessgesetze, die es noch erwähnen, sollten deshalb bei künftigen Revisionen mit Vorteil darauf verzichten. Es kann mit gutem Gewissen dem freien richterlichen Ermessen überlassen werden, inwiefern ein Zugeständnis, das mit Zusätzen versehen wird, welche mit dem Vorbringen der beweisbelasteten Partei in Widerspruch stehen, als wirksam zu betrachten ist.⁷

4. Den Prozessparteien ist es erlaubt, mittels Zugeständnissen über den Sachverhalt zu disponieren. Dies folgt aus der Verhandlungsmaxime. Auch ein unwahres Geständnis ist deshalb für den Richter bindend. Die Wahrheitspflicht steht dem nicht entgegen. Diese Dispositionsfreiheit reicht aber nur so weit, als nicht die Verhandlungsmaxime selbst eingeschränkt ist. So kann das Gericht dort nicht an Zugeständnisse gebunden werden, wo Rechtsverhältnisse in Frage stehen, die vom Privatrecht der freien Verfügungsgewalt der Parteien entzogen sind. Das gleiche gilt grundsätzlich auch im Bereiche zwingenden materiellen Rechts und bei gerichtsnotorischen Tatsachen⁸.

5 Vorn S. 43 ff.

6 Vorn S. 46 ff.

7 Vorn S. 52 f.

8 Vorn S. 55 ff.

5. Das aussergerichtliche Zugeständnis ist ein Indiz für die Richtigkeit der zugestandenen Tatsache⁹.
6. Der Einfluss formaler Beweisvorschriften des gemeinen deutschen Zivilprozessrechts auf das Zugeständnis in den schweizerischen Prozessrechten ist offensichtlich¹⁰. Am deutlichsten zeigt sich dieser Einfluss in jenen Zivilprozessordnungen, die das Zugeständnis immer noch als Beweismittel kennen. Solche Auffassungen sind überholt. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn bei künftigen Gesetzesrevisionen die entsprechenden Kantone auf die ausdrückliche Erwähnung des Zugeständnisses verzichten würden. Es wäre lediglich in den allgemeinen Bestimmungen zum Beweisrecht unter dem Marginale "Beweisgegenstand" festzuhalten, dass Beweis nur über erhebliche streitige Tatsachen erhoben werden muss. Darunter liesse sich das Zugeständnis und alle damit im Zusammenhang stehenden Fragen durch die Gerichte problemlos subsumieren.

9 Vorn S. 68.

10 Vorn S. 20.

LEBENS LAUF

Am 11. Juni 1953 wurde ich in Märwil TG geboren. Nach sechsjährigem Besuch der Primarschule in Märwil und dreijährigem Besuch der Sekundarschule in Affeltrangen wechselte ich im Frühjahr 1969 an die Evangelische Mittelschule in Schiers GR; dort legte ich im Frühjahr 1973 die Prüfungen zur Matur Typ B ab.

Nach der Rekrutenschule begann ich im Herbst 1973 an der Universität Zürich das Studium der Rechtswissenschaften. Am 10. November 1978 erwarb ich den Grad eines Lizentiaten beider Rechte.

Im März 1979 begann ich mit der vorliegenden Dissertation. Zusätzlich verfasste ich die vorgeschriebene Seminararbeit und zwar über das Thema: "Die AVB der Betriebshaftpflichtversicherung" im Seminar "Versicherungsrecht". Die mündlichen Doktorprüfungen beendete ich am 5. Dezember 1980.



